

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Aspectos críticos de la televisión : política, administración y
derechos de los particulares**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Tomás Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo

DIRECTOR:

José Luis Villar Palasí

Madrid, 2015

L.f. 102.409

BIBLIOTECA UCM



5305142474

0001

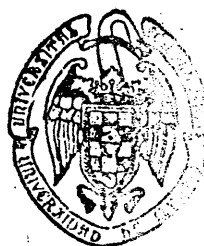
TE
819

ASPECTOS CRITICOS DE LA TELEVISION:

Política, Administración y derechos

de los particulares.

-000--000-



BIBLIOTECA
DE DERECHOS

Tesis Doctoral realizada por DON TO-
MAS QUADRA-SALCEDO Y FDEZ. DEL CAS-
TILLO, dirigido por DON JOSE LUIS -
VILLAR PALASI, Catedrático de Dere-
cho Administrativo de la Universi-
dad Complutense.

0002

. = I N D I C E . =

Capitulo Primero: Historia y Legislación.

I - Introducción

II- Conceptos Técnicos

III-Panorama Histórico

1.- Antecedentes

A-Ley de 26 de Octubre de 1.907 y R.D. 24 Enero 1.908

B-Reales Decretos de 19 de Julio de 1.914; 8 de Febrero de 1.917 y 13 de Enero de 1.920.

2.- Los comienzos de la regulación de la radiodifusión propiamente dicha.

A-Real Decreto de 27 de Febrero de 1.923 y Reales Ordenes de 26 de Mayo de 1.923 y 14 de Junio de 1.92

B-Un giro radical: Real Decreto de 26 de Julio de -- 1.929 y Real Decreto de 19 de Diciembre de 1.930, aprobando el Plan Transitorio.

C-La regulación radiodifusora desde la proclamación de la Republica hasta la Ley de 26 de Junio de -- 1.934.

C'- Decreto 8 de Abril de 1.932

C''-Decreto 8 de Diciembre de 1.932

3.- La consolidación normativa de la Radiodifusión

A-La Ley de Radiofusión de 26 de Junio de 1.934 y sus normas de desarrollo.

B-El régimen jurídico de la Radiodifusión en el nuevo Estado hasta la creación del Ministerio de Información y Turismo.

IV- El regimen juridico vigente desde la creación del Ministerio de Información y Turismo.

A-La regulación específica de la Televisión

- Decreto 15-Febrero-1952

- Decreto 3-October-1957

- Decreto 29-Diciembre-1.960

- Decreto 11-October-1962

- Decreto 18-Enero-1968

- Decreto 21-Marzo-1970

- Decreto 11-October-1973

Cópiado

B-La pretendida extensión del monopolio de la Televisión.

- Orden 12-Diciembre-1963.
- Orden 13-Marzo-1970
- Decreto 21-Enero-1971

Capítulo Segundo: Derecho Comparado

I - Estados Unidos

1.-A--Introducción

- B -La Federal Radio Commission Act de 23-II-1927
- C "La Communications Act" de 1.934 y la "Federal Communications Commission
- D -Las normas Constitucionales
- E -La licencia y las potestades de la F.C.C.
- F -Las medidas " anti-trust " y los " Network "
- G -El contenido de los programas: autocontrol y censura.
- H -El derecho de antena de los candidatos
- I -La Red no comercial y la "Public Broadcasting Act"

2.-Análisis doctrinal

3.-Los avances técnicos y su regulación

II - Francia

1.- La nueva Ley de 3-Julio-1972

- A-El S.P.N.R.T.F. (Servicio Public National de Radiodiffusion Television Francaise)
- B-El O.R.T.F. (Officce Radiodiffusion Television Francaise)
- C-El Alto Consejo de lo Audiovisual
- D-Las derogaciones del monopolio
- E-El derecho de réplica

2.- La evolución del monopolio de la Televisión en Francia

A-Los orígenes:

- Decreto 23/50-Julio-1793
- Ley 2-Mayo-1837
- Decreto-Ley 27-Diciembre-1859
- Ley 30-Junio-1923
- Ordenanza 23-Marzo-1945

apartado

B-La Ordenanza de 4-Febrero-1959. La R.T.F.

C-La Ley de 21-Junio-1964 aprobando estatuto y -
creando el O.R.T.F.

C' -Los orígenes del O.R.T.F.

C'' -La intervención del Estado en el O.R.T.F.

- Nombramientos

- Controles " a priori" y " a posteriori"

C'''-La insatisfacción del Estatuto y las Comi
siones parlamentarias

D-La crisis de Mayo de 1.968 y las modificaciones
del O.R.T.F.

3.- Consideraciones doctrinales sobre el monopolio en
Francia e incidencia sobre el mismo de los recien
tes avances técnicos.

III- Italia

1.- El Derecho positivo

A-Los orígenes

- La Ley 395 de 30-Julio-1910 y R.O.1-Febrero-1927.

- El Real Decreto 1067 de 8-Febrero-1923

B-El Código Postal de 26-Febrero-1936

2.- Los dos aspectos del Monopolio y sus críticas

A-La titularidad de la actividad pertenece en exclu
siva al Estado.

- La titularidad del ejercicio corresponde a un so
lo concesionario: La R.A.I.-T.V.

B-Resoluciones del Consejo de Estado y de la Corte -
Constitucional sobre la constitucionalidad del mon
polio en sus dos aspectos.

- Fundamentos de la Constitucionalidad

- Exigencias del Monopolio.

C-Consideraciones doctrinales y crisis de los funda
mentos del Monopolio.

3.- Los problemas de la nueva prorroga de la concesión
a la RAI-TV y los avances técnicos con especial re
ferencia a la Teledistribución.

Extracto

IV- Ingláterra

1.- El Derecho Positivo

- Sus orígenes
- "La Wireless Telegraphy Act" de 1.904
- La Royal Charter de 1.926 creando la B.B.C.
- La Television Act de 1.954 creando la I.T.

2.- Los Entes de Radiodifusión

A-La B.B.C.

- Estructura
- Funcionamiento
- Intervención del Ejecutivo

B-La I.B.A. (antes I.T.A.)

- Estructura
- Funcionamiento
- Intervención del Ejecutivo

C-La Isle of Man Broadcasting Company

D-La Teledistribución

3.- Análisis doctrinal de la Televisión en Inglaterra

Capítulo Tercero: La actividad televisiva en España

I - Análisis del alcance del monopolio: Títulos de intervención en la actividad: la extensión a la Radiodifusión de los títulos de intervención de actividades análogas. La necesidad de normas con rango legal para monopolizar la actividad. El entorno constitucional.

II -Examen de títulos específicos de intervención

- La policía
- El dominio público
- La normativa penal

III -Análisis de las normas legales. Los aspectos constitucionales. La insuficiencia legal del monopolio televisivo.

IV - Un planteamiento de la Televisión de cara al futuro.

- La polemica monopolio-libertad
- Las exigencias de la información y de la cultura como condicionantes de la posición de la Televisión en la sociedad del futuro.
- La concurrencia o pluralismo y sus posibilidades.

SEGUNDA PARTE

Capítulo Cuarto : La Organización

- I - Introducción. Sentido del Estudio: Estática y dinámica de la Organización.
- II - Radiotelevisión Española. Servicio Público centralizado.
 - El Decreto 11-X-1.573
 - Estructura Orgánica de RTVE.
 - Análisis
- III- Antecedentes de la nueva regulación e intentos de autonomía.
 - La Administración Radiodifusora Española.
 - ARE, organismo autónomo
 - ¿Previsión o realidad?
 - Algunos problemas jurídicos de la desaparición del ARE.
 - La incorporación de la actividad en el seno de la Administración del Estado.
 - El Patronato y la Junta de TVE.
 - Los dos niveles organizativos de TVE.
- IV - Examen de la legalidad de la nueva estructura de RTVE

Extracto

V - Perspectiva dinámica del estudio de la Organización y examen crítico.

VI - Conclusiones

Capítulo Quinto: Medios Económicos

I - Introducción. Delimitación del Estudio

II - Las dotaciones presupuestarias. Examen general

- La ampliación de créditos presupuestarios.
- La propuesta de distribución
- Conclusión

III- Publicidad

A-Naturaleza de los productos procedentes de la publicidad

B-Destino de los ingresos procedentes de la publicidad

- Normativa reguladora
- Los gastos de gestión y administración de la propia publicidad
- La participación del Estado en la Publicidad
 - × - La equívoca configuración de esta participación como un impuesto
 - Examen doctrinal y jurisprudencial.
 - Regulación legal de la participación.
 - El 30% para retribuciones complementarias de funcionarios.

IV - Conclusión.

Capítulo Sexto: Medios Personales

I - Introducción

II - Personal laboral

- Aspectos generales de la Ordenanza
- Exclusiones
- Profesionalización de actividades
- Régimen de selección de personal.

III- Periodistas

IV - Personal funcionario

V - Conclusión.

estudio solo

Capítulo Séptimo: Responsabilidad y Rectificación

- I - Delimitación del tema objeto de estudio
- II - Singularidad de la responsabilidad derivada del contenido de los programas.
 - 1.- Los bienes dañables
 - 2.- Las personas causantes
 - 3.- La culpabilidad
 - 4.- La reparación
- III- La regulación administrativa de la rectificación.
El Decreto de 11-IX-1953
 - 1.- Ambito del Derecho
 - A-Ambito subjetivo: a) Sujeto activo
 - b) Sujeto pasivo: Radio y Tele vision.
 - B-Ambito objetivo: a) Supuestos incluidos
 - b) Supuestos excluidos
 - 2.- Procedimiento de rectificación
 - 3.- Garantías jurisdiccionales. El artículo 40 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Adminis trativa.
- IV - Sobre la posibilidad de construir un derecho de recti ficación al margen del Decreto de 11-IX-1953
 - A-Oportunidad y conveniencia del estudio
 - B-Examen del ordenamiento administrativo. Los da ños morales.
 - C-Examen del resto del ordenamiento jurídico. Có- digo Civil.
 - D-Culpa o negligencia no delictiva. Los problemas procedimentales y jurisdiccionales.
 - E-Código Penal.
 - La reparación tradicional de los delitos con tra el honor y la fama
 - El artículo 556 nº 1 y nº 6 y el Derecho de rectificación. Los problemas de procedimien- to y jurisdiccionales.

V - Conclusión

VI - Puntos básicos de la regulación futura del Derecho de rectificación.

CONCLUSIONES GENERALES

BIBLIOGRAFIA.

0011

- INTRODUCCION -

=====

=====

INTRODUCCION.

Constituye el objeto de nuestro estudio el analisis - de los aspectos jurídicos esenciales de la Televisión. La - aparición de este moderno medio de comunicación social ha de terminado una serie de repercusiones en la sociedad actual; nadie duda de la importancia de este impacto sobre la misma. El fenómeno televisivo surge así como un hecho de amplia -- transcendencia social; serán los sociólogos, psicólogos y - antropólogos los que en primer lugar acometan su estudio; - naturalmente que el derecho no ha sido tampoco ajeno al mis mo, sino que desde el principio le ha acompañado; lo que -- ocurre es que la reflexión doctrinal y científica sobre los problemas que planteaba el nuevo medio ha sido ante todo -- una reflexión ^{/no/} jurídica; por cada obra que analiza el mundo/ de los "Mass communications" ~~o~~ analisis jurídicos que a ve-- ces se quedan en la pura exposición de la normativa vigente, hay decenas de ellas con tratamientos propios de otras dis ciplinas. Esto, por otra parte, es lógico dado que es la - conciencia de la gran transcendencia social del medio lo - que ha llevado a depurar y analizar cada vez con mayor cui dado el puesto de este medio de comunicación en el esquema

institucional de nuestra sociedad (1). En definitiva la Televisión no es un episodio puramente adjetivo en la historia de nuestra civilización como para que pueda añadirse al complejo institucional nacional e internacional de nuestro mundo de hoy sin reflexión. Los medios de comunicación social tienen una función que cumplir de gran importancia y ello exige una reflexión jurídica sobre su inserción en la sociedad y por tanto sobre su entronque institucional.

La importancia de la Televisión en sí misma y en relación con los demás medios de comunicación de masas ha sido/analizado en primer lugar por disciplinas ajenas a lo jurídico, y junto a los trabajos de mayor extensión existen tam

- (1) Sobre la importancia radical de la Televisión puede verse el trabajo del Profesor Jorge de Esteban en la Revista de Estudios Social, nº 4-1.972. "La influencia política de los medios de comunicación de masas ante su necesaria constitucionalización". Puede verse también Boissou "Le Statut de l'ORTF" Revue de Droit Public nº 6-1.964, donde en pág. 1138 cita la intervención de Maurice Fauré en la discusión del Estatuto en la Asamblea Nacional en la que indicó que "si Montesquieu viviese en nuestros días pediría la constitucionalización del Estatuto de la Radio y Televisión". También Kalbermaten "Vers l'introduction dans la Constitution Suisse d'un article -- sur la radio et la télévision." Revue de l'Union Européenne de Radiodiffusion 1.969.

bien numerosos trabajos de mayor o menor valor en multitud de periodicos y revistas; ciertamente algunos de estos trabajos han simplificado el fenómeno de las comunicaciones de masas por medio de la Televisión centrando todo su análisis en la omnipotencia casi mítica del nuevo invento y en el estudio de las técnicas de dominación de las masas como técnicas puramente formales.

Afortunadamente la mayoría de los estudios han superado esa actitud simplista y analizan los efectos de la Televisión sobre nuestra sociedad con una mayor profundidad; -- muestra de aquella simplificación podría ser la de aquellos que creían que la influencia de la Televisión sobre los -- auditorios radicaba más en las formas y apariencias externas, en la técnica de la imagen, que en los contenidos de lo que se quería decir; así pueden recordarse algunos estudios que explicaban el triunfo del Presidente Kennedy en 1.960 -- en virtud de sus debates televisivos con el otro candidato Mr Nixon, pues, se decía, el Presidente Kennedy había cuidado más su imagen mediante el adecuado maquillaje, color/ de camisa, corbata, etc., en tanto que su contrincante tenía un aspecto patibulario por falta de atención a su figura. Sin desdeñar aquí los problemas técnicos y formales -- creemos sin embargo, que el auditorio de la Televisión no/ es un auditorio irracional al que solo importan las - - -

imagenes (2). La Televisión no es mas que un instrumento de comunicación entre los hombres y aunque ese instrumento en sí mismo sea muy importante lo trascendente para nuestra sociedad y para el hombre de nuestro tiempo es el contenido -- que se le dá a ese medio, el uso que de él se hace en definitiva; uso que deberá ser dirigido a enriquecer, distraer e informar al publico; verbos que en su brevedad recogen -- sin embargo toda la problematica que plantean en una sociedad pluralista como la actual, radicalmente incompatible -- con la parcialidad, simplificación y dogmatización. Por -- otra parte la Televisión no suscita mas credibilidad en la gente que el periódico, por ejemplo, por el hecho de ser -- Televisión. En este sentido la conocida afirmación de Mac/ Luhan de que "el mensaje es el medio" debe entenderse con/ ciertas reservas; efectivamente la televisión como en su -- día la imprenta han marcado hitos en la historia de la civilización y la cultura humana, y por tanto la historia -- del hombre es muy distinta antes y después de la imprenta/ y algo semejante, tal vez, podría decirse de la Televisión;

(2) Vid. Jean Cazeneuve "La coherence du candidat". Le Mon de, 5-6-Mayo, donde el sociologo francés critica la -- concepción formalmente propagandística del medio. 1.974

con esta el hombre entra en una nueva etapa en la que insensiblemente y sin quererlo asume un papel cósmico; el hombre/ que desde el pueblo mas remoto asiste a los principales -- acontecimientos del mundo, y asiste viendolos, por fuerza -- tiene que empezar a sentir una vocación universal antes mas difícil de detectar; su posición respecto del todo es distinta y por tanto también lo es respecto de su pequeña comunidad; esto no es sino un ejemplo, y sin duda podrán encontrarse otros mas afortunados, pero nosotros vamos a otra cosa; lo que queremos decir es que a nivel histórico o diacronico "el mensaje es el medio" en cierto modo, pero solo en/ cierto modo; es decir, el medio no es todo el mensaje, no -- absorbe todo el contenido; no podríamos decir hoy de las -- obras escritas que "el medio es el mensaje" metiendo en el/ mismo saco todas las obras que se han escrito de Gutemberg/ para acá; el mensaje es el mensaje; el medio lo único que hace, y es mucho, es abrir posibilidades nuevas e insospechadas a esos mensajes; el medio eleva más arriba el escenario de la comedia o de la tragedia humana y permite nuevos enfoques y planteamientos de los problemas que llegan/ cada vez a mayor número de gente; pero ello no puede hacer desaparecer el carácter puramente instrumental del medio; /

la Televisión es un medio de decir o comunicar algo y ese - algo no es indiferente. Ese algo es precisamente lo mas importante, más importante que la aparición del medio mismo - porque este es ya un hecho irreversible y por tanto nada -- mas puede hacer el hombre sino aprovecharlo; la importancia del medio en sí se percibe desde una perspectiva histórica/ en cuanto sirve para algo, para extender o difundir unos -- contenidos, pero en tanto que el medio ya esta ahí, y eso - no puede alterarse, la cuestión fundamental ahora desde un/ punto de vista pragmático es para qué sirve el medio, cuales son sus contenidos y en esta tarea si que caben varias alter- nativas y por ello es en la elección de las mismas en la -- que es posible - la opción del hombre; esa es por tanto - la función que ahora importa y ^{en/} la que debe empeñarse el es- fuerzo del hombre. Lo contrario, pensar que lo importante - es el medio y que su contenido es accidental, implica un ma- terialismo determinista que pretende explicarlo todo en fun- ción de un "factor predominante" en frase de Georges Gurvicht (3). De otra parte no puede olvidarse que Mac Luhan hace su afirmación en cuanto antropologo o sociologo, es decir desde

(3) Citado por François Balle en "Institutions et public des/ moyens d'information. Edition Montchrestien, pág. 41, - en donde hace una aguda critica de Mac Luhan.

otra perspectiva, en la cual sin duda puede ser más interesante el estudio del medio en sí que el estudio de su utilización; por eso matizabamos al principio de éste párrafo -- que la afirmación de Mac Luhan no puede generalizarse en el estudio de la Televisión; no desconocemos así su importante afirmación para otros campos de la ciencia y de la historia; para el jurista, sin embargo, ante el medio que irreversiblemente esta ahí lo importante es su utilización.

La posición del poder público ante este nuevo medio -- de comunicación no puede ser la de su uso para sus fines políticos particulares; sino la tradicional postura de servir a una sociedad plural en la forma que esta debe ser servida. Felizmente en la mayor parte de los países del area -- occidental se ha evitado un dirigismo de los medios de comunicación como el que padeció Alemania en los últimos años -- del III Reich quien utilizó las técnicas de "violación de -- las masas" como nadie lo ha hecho (4); la utilización de estos medios para fines de propaganda sería hoy por otra par-

(4) La expresión es de Tchakhotine en "Le viol des foules -- par la propagande politique". Gallimard.

te muy problematica (5), pues los espectadores no son seres sin capacidad de crítica, y los únicos efectos de la propaganda, nos referimos a la política, claro está, son negativos en el sentido de que mas que suscitar adhesiones evitan que pueda pensarse en otras posibilidades.

En cualquier caso son bien conocidos de sociólogos y/psicólogos los fenómenos de confirmación y "feed back" que se dan en estos medios de comunicación. El efecto mayor de los mismos es el de confirmar a las personas en las opiniones y actitudes que previamente tenían, es como si cada persona viese lo que previamente quiere ver; pero es que además el propio sujeto emisor resulta influido por el espectador/ de tal forma que hace y dice lo que piensa que a la gente - le gusta que haga y diga.

De todas formas los efectos de los programas sobre los espectadores son también muy distintos según su contenido y así sus comportamientos son diferentes ante las emisiones políticas o ante una emisión cultural o recreativa; a veces estas, calan mas en el auditorio aunque sea mas lentamente.

(5) Asi Boissou en "Le statut de l'ortf" Revue du droit Public nº 6-1.964, pág. 1168, indica que a nivel de la eficacia política inmediata la Televisión no es el arma absoluta que se creía.

Lo que se quiere indicar con todo lo expuesto es que lo importante de la Televisión al menos en su dimensión jurídica, son sus contenidos en cuanto que pretendan un desarrollo y formación integral de los ciudadanos; de ahí que/ la dimensión jurídica del fenómeno consista en captar la meyor estructura de la Televisión concebida como servicio -- público con todas sus consecuencias; no estamos por tanto/ ante un monopolio de hecho, propiedad privada o regalía si no ante un instrumento de comunicación y por tanto de promoción social; su análisis jurídico debe ir dirigido a verificar que su organización y estructura, sus mecanismos -- interiores son adecuados al cumplimiento del interes público al que debe servir.

Nos encontramos así ante un servicio público muy singular por la naturaleza de las prestaciones sociales que ha de efectuar. En efecto, si en los servicios públicos tradicionales era posible determinar con relativa facilidad la -- eficacia de su funcionamiento por la forma y el número de -- prestaciones que realizaba,; incluso con criterios estadís--ticos (por ejemplo en transportes puede determinarse cuantitirativamente la eficacia de un servicio por el número de viajeros-kilometros transportados), siendo así perfectamente -- constatable su buena o mala organización en función de exi-

bio satisface necesidades de una naturaleza tan singular -- que se hace imposible valorar si se satisfacen las necesidades públicas en función, por ejemplo, del número de horas de Televisión a lo largo de un año.

Resulta así, por ejemplo, que el servicio de información será satisfecho cuando haya una buena información o -- los programas educativos y culturales satisfarán su finalidad cuando sean de gran calidad; ahora bien lo que sea buena información o calidad de los programas son conceptos tan evanescentes que no sirven de criterios de valoración del cumplimiento de los fines del servicio que parece abocado -- así a carecer de toda medida de control de carácter objetivo. Se hace preciso encontrar el criterio que explique por qué una determinada actividad satisface una necesidad o un/ interés público; que justifique en definitiva la posición -- excepcional de la Administración en el desempeño de una determinada actividad. Es evidente que la idea de una buena -- información o una buena cultura no puede ser una idea manoseada por la fracción política que en cada momento domine -- la vida pública de un país. Es obvio que un servicio de carácter predominantemente informativo y cultural, pues tan-- bien lo recreativo pertenece a la cultura de un pueblo, no/ es propiedad privada de un gobierno o de un partido, sino --

que pertenece a toda la sociedad; de ahí que la actividad - de este medio de comunicación de masas este cargada de respo nancias políticas y refleje, en casi todos los países, la - tensión entre concepciones opuesta sobre el papel que el Es- tado debe jugar en él. El análisis jurídico de un servicio/ de esta naturaleza es a nuestro entender el análisis de la/ estructura y organización del servicio en relación a la ac- tividad que debe cumplir; se trata de ver cual es la organi- zación mas adecuada para cumplir sus funciones culturales e informativas; y la respuesta viene dada por la propia natu- raleza de lo cultural e informativo como categorías esencial mente plurales, varias y diversas; también lo informativo - pues aunque la información de los hechos pueda parecer algo aseptico en realidad no lo es: ya la misma elección del te- ma sobre el que se va a informar supone una subjetivación - de los fenomenos; y nada digamos ya de la profundidad o ex- tensión con la que se trate un tema. Nos encontramos, por -- tanto, con actividades cuya ejecución exige una apertura al pluralismo y a la libertad y ello es lógico si se tiene en/ cuenta que esta actividad esta muy relacionada con el tema/ fundamental de la libertad de expresión. El hecho de que -- por razones técnicas, cuyo alcance se examinaran en este -- trabajo, no pueda existir una libertad total y de que inclu

so el monopolio pueda justificarse en base a tales razones, no implica que ese monopolio no pueda organizarse en forma/ abierta, representativa e independiente.

Las soluciones que ofrece el Derecho Comparado son nu merosas, en unos casos el Estado detenta el medio a traves/ de una Corporación Pública pero ofrece los programas a enti- dades particulares diversas; en otros casos el monopolio es ejercido por un ente que no depende exclusivamente del ejo- cutivo y junto al ente público existen compañías privadas, - etc. Las soluciones son muy diversas pero no puede dejar de señalarse que las mismas no son facilmente transplantables; en efecto cada solución representa una formula de equilibrio entre las fuerzas sociales pues se pretende la independen- cia de los medios de información; pero ese equilibrio, re- presentado por la interna organización del servicio, solo - sirve en el entorno político en que ha nacido y si se tras- lada a otro distinto de nada sirve pues el sistema de pesos y contrapesos varían en su totalidad. Se trata por tanto de un servicio público tremendamente politizado en cuanto - refleja las tensiones de las fuerzas políticas y sociales,/ aunque solo sea para neutralizarlas y asegurar su indepen- dencia.

Estamos por ello estudiando un servicio público muy - especial en el que normativamente no pueden determinarse "a/ priori" las características de sus prestaciones ni su cali-
dad; el quid jurídico del servicio no puede basarse por tan-
to en la regulación de los contenidos puesto estos son, en/
cierto modo, inaprehensibles para el mundo del Derecho (6);
el quid jurídico del servicio esta en su estructura, en su/
organización y en su control posterior. Así como el ejerci-
cio de la actividad informativa en la prensa, o de la difu-
sión de la cultura por medio del libro, no puede regularse/
estableciendo normativamente sus contenidos (salvo las refe-
rencias a la verdad y el respeto a los demás como límites -
generales) así también la Televisión como servicio público/
solo es asequible al mundo del Derecho basicamente garanti-
zando una organización que asegure su independencia y plura-
lismo, sin perjuicio de posteriores controles por organos -
representativos.

Esta es la perspectiva que informa las páginas que --
siguen; en definitiva hemos querido captar en el enfoque ju-
rídico ^{del} servicio de Televisión la dimensión humana y social/

(6) El Trabajo de André Mesnard "Pour une politique culturelle
de la radio Televisión". Droit Social. Diciembre --
1.970, pág. 33.

de los problemas que el medio plantea. La concepción del del Derecho como el arte de lo bueno y de lo justo, presente ya -- en el Derecho Romano, es la única que puede evitar que nues-- tra ciencia no sea una arida especulación, sino una ciencia abierta a un mundo de valores y al servicio del hombre. A me-- dida que nuestras sociedades se masifican y socializan el ju-- rista le corresponde la tarea de evitar que la persona no -- quede ahogada en la estructura que, nacida para servirle, pue-- de amenazar a veces con atropellarle olvidandose de la razón de su existencia. En esta tarea el jurista por debajo de los fenomenos puramente superficiales, de las normas aparentemen-- te neutras y amorfas, debe captar la esencia de las Institu-- ciones y fenomenos, y la esencia estará siempre en aquel pun-- to que define la respectiva posición de las fuerzas socia-- les y de la persona humana (7); con ello no se pretende que/ el derecho sea el instrumento reaccionario y conservador de/ un individualismo trasnochado en un mundo cada vez más socia

(7) Vid. Jose Luis Villar Palasí. Derecho Administrativo, -- pág. 5 y ss.

lizado, no; por el contrario, se trata de conseguir que esa socialización tenga siempre el rostro humano y personalista que constituye su fundamento pero que a veces en el devenir cotidiano de las Instituciones y de su burocracia se olvida (8).

Volviendo al terreno mas concreto de nuestro estudio/ podemos afirmar que el analisis jurídico de la Televisión - reviste hoy plena actualidad. En efecto la regulación de - la Televisión como de la Radiodifusión en general descansa/ en viejas normas, no siempre cumplidas y en muchos aspectos superadas; normas por otra parte muchas veces confusas y --- contradictorias, de las que la Administración ha deducido - el principio de poseer el monopolio total y absoluto; monopolio que, como veremos a lo largo de este estudio, no es --- tan total ni tan absoluto; con lo que su actuación adolece/ de una cierta arbitrariedad en algunos aspectos; así es frecuente leer en algunos trabajos sobre la actividad radiofónica en nuestro país que junto al monopolio del Estado exis

(8) Cfr. Forsthoff "Sociedad Industrial y Administración Pública" Estudios Administrativos, pág. 56 señala la afirmación vital de cada uno de los miembros de la sociedad como una de las metas de la verdadera política en las sociedades masificadas; respecto a la dimensión humanista del Derecho puede verse Gregorio Peces-Barba "Derechos Fundamentales. Teoría General I" pág. 43 y ss.

ten algunas entidades privadas que desempeñan función radio difusora y si bien es verdad que muchas de estas situacio-- nes son anteriores a nuestra propia guerra civil, no se cae sin embargo en la cuenta de que en el otorgamiento de estas autorizaciones a particulares o a la Iglesia la Administra-- ción obra con la mas absoluta discrecionalidad, actúa como/ dueña y señora de la actividad; nadie piensa que pueda te-- ner algún derecho a establecer una emisora como lo puede -- tener a crear una empresa editorial; este es un derecho re-- conocido en nuestra Ley de Prensa e Imprenta, aun con las/ limitaciones practicas que puedan darse, aquel en cambio/ es una prebenda a obtener de la Administración por medios -- no jurídicos; y sin embargo se trata de una actividad de in-- teres público.

Urge una nueva Ley reguladora de los medios de teleco-- municación y en este sentido se han pronunciado ya voces -- autorizadisimas del Gobierno en repetidas ocasiones (9). Pe-- ro es que además desde la Ley de Radiodifusión de 1.934 han

(9) Vid. Francisco Bonet que en su "Derecho Radiofónico" -- Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1.941 pedia ya un estatuto de la radioelectricidad por exi-- gencias de la seguridad jurídica.

surgido nuevos fenomenos y nuevas técnicas que han variado radicalmente muchos de los planteamientos entonces existentes. En aquellas fechas la preocupación dominante era la escasez de ondas a nivel internacional y nacional y las interferencias que podrían producirse entre emisoras si estas no se limitaban numericamente. Hoy día la evolución de la técnica obliga a efectuar nuevos planteamiento (10); la aplicación de la frecuencia modulada a la radiofonía, la aparición de la Televisión por cables, las video-cassettes, la utilización de los satelites son aspectos que trastocan el planteamiento tradicional (11).

Esto no es una pura afirmación teórica y así veremos en este estudio como la actitud del Gobierno Italiano ante las numerosas centrales de Televisión por cable dió lugar a graves problemas políticos en el Parlamento y en la opinión

(10) Vid. "La Televisión an futar" Jean Pierre Dubois-Dunee. - Droit Social. Diciembre 1.970, pág. 135.

(11) Cfr. Jean Louis Servan. Schreiber. "El Poder de Informar" Dopesa. pág. 169. También Jean Pierre Dubois-Dunee. La Televisión an futar. Droit Social. Diciembre 1.970. También Giorgio Moscon "Spunti sulle videocassette" Ildiritto delle radiodiffusion e delle telecomunicazioni nº 3/1.970. También en el mismo número "Radiodiffusione diretta a mezzo satellite" por Pompeo Magno, pág. 664 y ss. En España entre otros en Documentación Administrativa -- nº 150/72 "Otro "mass-media revolucionario: La Televisión por cable", pág. 147;

pública. La época del desarrollo de las telecomunicaciones supone un reto a la axiomática opinión de que el fundamento del monopolio en los países en que existe era la limitación de ondas existentes. Cuando las posibilidades de utilización de canales se amplían puede observarse como sigue/ la inercia de las viejas ideas que en realidad eran un pretexto para mantener controlada la actividad. Se teme, especialmente por los regímenes débiles y autoritarios, el control o la crítica de la opinión pública y cuando el argumento aparentemente aseptico de la técnica se vuelve en contra se plantea abiertamente la crisis de las viejas ideas siendo así necesario un replanteamiento total.

También la utilización de los satélites habrá de plantear problemas en el futuro cuando se perfeccionen los satélites de transmisión directa. En los países de monopolio este se plantea como un monopolio de emisión, no de recepción; por lo que respecta a la Televisión es sabido que el carácter horizontal de la propagación de sus ondas ha constituido un obstáculo formidable a su recepción en países alejados; de ahí, que, salvo en lugares fronterizos, la libertad de recepción de emisiones no haya constituido problema alguno; tampoco los ha planteado la utilización de satélites da /no/ do que sus señales podían ser captadas directamente por los

televisores usuales, siendo preciso que las estaciones del - Estado las captasen y difundiesen para que los particulares/ pudiesen llegar a verlas. Sin embargo las posibilidades inmi- nentes de satelites que transmitan señales captables directa- mente por los televisores normales sin mas que añadir una an- tena especial y no muy costosa, supone, como es evidente, --- una sensible modificación del "statu quo"; los particulares/ podrán captar emisiones procedentes de cualquier punto del -- globo sin que jurídicamente pueda oponerseles monopolio al-- guno, aunque los Estados tratarán mediante convenios de uti- lización de satelites de limitar las consecuencias de esta - libertad (12).

Por su parte la utilización de los ~~videos~~-cassettes, cuando se logre un abaratamiento de su coste, también afec- tará aunque en menor medida al incommovible principio del mo- nopolio ()..

La aparición de estas modernas técnicas que pueden ha- cer tambalearse a las organizaciones existentes obligan al/ jurista a plantearse de raíz el estudio jurídico de toda es- ta materia y por tanto sus bases fundamentales que estable-

(12) Vid. "Algunos problemas de la TV, Radio y Prensa ante - el Derecho Internacional". Don Luis García Arias. Temis. Universidad de Zaragoza. 1.965 nº 18.

cidas en los principios de la Radiodifusión hacen necesaria --
una revisión de la historia y evolución de nuestro ordena- --
miento regulador de la misma.

Serán objeto también de estudio en la segunda parte --
aspectos singulares de nuestra Televisión que sin embargo e-
stienen una relevancia importante en relación con el cumpli-
miento de las finalidades específicas de la Televisión. En/
concreto se analiza la Organización de la Televisión, sus --
medios financieros y personales y la responsabilidad deriva-
da del contenido de los programas. Se hace especial hincapié --
en este tema de la responsabilidad que nos lleva a afir-
mar la existencia de un auténtico derecho de rectificación, --
en la práctica desconocido u olvidado por la Administración/
y en cualquier caso falta de un procedimiento claro y especí-
fico que lo haga viable.

Para terminar con esta introducción hay que hacer una
precisión importante: si el Derecho Administrativo está --
siempre transido de política tal fenómeno es perceptible en
grado sumo en este campo de la Televisión en el que esta --
constituye uno de los mas poderosos medios formadores de la
opinión pública que como "cuarto poder" nunca podrá ser con-
templado por el Derecho como algo neutro o puramente técni-

co. Con este trabajo se pretende contribuir a la tarea de -
encontrar el puesto que a la Televisión corresponde en un -
Estado de Derecho.

0033

- PRIMERA PARTE -
=====

=====

=====

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA Y LEGISLACION

CAPITULO

1.- El régimen Jurídico de la Televisión. Aspectos esenciales, evolución y Derecho Comparado.

Cuando en Febrero de 1952 se encomienda a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión (en lo sucesivo D^o G^a RT) del nuevo Ministerio de Información y Turismo (en lo sucesivo M^o I^o y T^o) la organización y desarrollo del Servicio de Televisión, aparentemente no hay en nuestro Derecho Positivo una normativa que pueda aplicarse con precisión al Servicio de Televisión; cuando en 1957 se encomienda a la Administración Radiodifusora -- Española las emisiones de Televisión con carácter exclusivo parece que sigue sin existir tal normativa, y aún hoy, desaparecida la A.R.E. y encargada la D^o G^a R.T. de sus funciones, continua esa situación sin haberse dictado normas propias y específicas con rango suficiente pese al anuncio por parte del Ministro de Información y Turismo, Señor Fraga Iribarne, de estar en preparación un proyecto de Ley sobre la Televisión con motivo de la presentación de la Ley de Prensa e Imprenta al Pleno de las Cortes - (13).

Esta situación obliga al jurista que quiere dedicar su atención a este fenómeno de nuestro tiempo a hacer una indagación histórica que nos lleva a descubrir los fundamentos, muchas veces ignorados u olvidados, en que debe apoyarse el régimen jurídico de éste moderno medio de Telecomunicación (14), las normas relativas

(13) Ver Exposición Motivos Ley de Prensa e Imprenta y discurso. Recientemente el Sr. Cabanillas ha insistido sobre la inminencia de una nueva legislación.

(14) Como dice Villar Palasi en su Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas, pág. 91, es en el proceso de formación de las Instituciones donde estas devienen más compensables.

al mismo que se han dictado desde 1952 han ido regulando aspectos parciales, en forma insuficiente, dejando en el vacío las cuestiones más radicales e importantes; ello reafirma la absoluta necesidad de su estudio histórico a la vez que el examen del Derecho Comparado que en ocasiones puede aportar luz sobre la interpretación de esa evolución histórica y en otras puede servir de ejemplo a imitar o a rechazar, pero en cualquier caso a tener en cuenta.

Supone ello meterse en un arduo pero ineludible camino: arduo porque los fenómenos radioeléctricos en que hasta ahora se apoya la Televisión son relativamente recientes y sus aplicaciones prácticas, en todo caso, sólo se han iniciado a principios de este siglo, de lo cual se desprende ya que la función reguladora de las normas recae en este caso sobre un objeto nuevo, de alcances insospechados y no bien conocidos en sus comienzos: los fenómenos radioeléctricos y su titulación práctica; de ahí también las vacilaciones del legislador no sólo en España sino también en otros países a la hora de organizar y regular la actividad, con las consiguientes confusiones y contradicciones que pueden encontrarse en sus primeras normas. Ineludible camino el de la Historia y el Dº Comparado porque el carácter reciente de éste moderno medio de comunicación no permite prescindir de su corta experiencia, pero ciertamente la única que tiene, útil y necesaria siempre para estudiar cómo han ido decantándose conceptos y la propia organización del servicio; además, como ocurre en el caso de España, muchas de sus primeras normas han ido marcando, para bien o para mal la evolución y el desarrollo de la Radiodifusión y por consiguiente de la Televisión.

Este planteamiento nos conduce al estudio de la Radiodifusión en sus comienzos hasta que la Televisión se desgaja de aquella siguiendo su propia evolución, en cuyo punto (1935 a - 1957) abandonamos el examen de la Radiofonía como especie de la actividad Radiodifusora, a la que se referían nuestras primeras normas. La razón de ello es obvia puesto que los fenómenos radioeléctricos encontraron primero aplicación en el campo de la transmisión de signos (radiotrelegrafía), después en la transmisión de sonidos humanos o instrumentales pero directamente inteligibles por el hombre (radiofonía) y por último, bastante mas tarde, en la transmisión de imágenes en movimiento (radio-televisión). (15).

Así la radiodifusión en sentido estricto se centraría, al principio, al campo de la radiofonía para abarcar después el campo de la radio-televisión, pero las normas generales dictadas en materia de radiodifusión cuando sólo existía la radiofonía son aplicables a la radio-televisión, como por ejemplo la Ley de 26 de Junio de 1934 que es nuestra primera y única Ley de Radiodifusión y abarca tanto la radiofonía como la televisión.

A partir de la implantación de la Televisión en España, y de las primeras normas dispersas sobre esta (1957) se centra ya el presente estudio en la Televisión o, mejor, radio-televisión aunque también se examinarán otras formas mas modernas como la cable-visión o las videocassettes.

(15) Para un estudio historico, si bien ceñido a la radiofonia puede verse: Rivero Isern: "Consideraciones en torno a la Radiodifusión en el Derecho Español". Respecto de la Televisión ver el libro de Gonzalez Casanova. "El régimen político de la TVE". También la Tesis Doctoral de Eduardo Gorostiaga "Problemática del Servicio de Televisión", y "Derecho Radiofonico", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1941 por Franciso Bonet; "el Ordenamiento Jurídico de la Información". Beneyto.

2.- Pero antes de entrar en todos estos aspectos se hace un examen previo de los conceptos técnicos que se han de utilizar a lo largo de este trabajo.

La ambigüedad con que usan en el lenguaje vùlgar los terminos de Radio, Televisión, Radiodifusión, etc, nos obliga a una precisión inicial que haga comprensible cuanto a continuación se expondrá. En principio todos estos términos pueden englobarse dentro del concepto general de Telecomunicaciones. Este no engloba sin mas todo tipo de comunicacion a distancia como pudiera desprenderse de su etimología; así la comunicación a grandes voces o con ayuda de un altavoz no es propiamente telecomunicación. Lo característico de la Telecomunicación es la utilización de un artilugio técnico para poner en comunicación con signos o con palabras, a las personas. Ese artilugio técnico seran las ondas hertzianas en un caso o en otro las cables. La utilización de las ondas hertzianas u - ondas elecotromagnéticas que se propagan en el espacio sin - guia ninguna da lugar a la aparición de las Radiocomunicaciones que es una clase de Telecomunicaciones.

A su vez constituye una especie de las Radiocomunicaciones la Radiodifusión cuya característica es el carácter ilimitado, habitual y plural de sus destinatarios que se expresa con el término difusión. La radiodifusión es así una forma de Radiocomunicación caracterizada por su destino. Por el contrario, la Radiocomunicación desde un barco con tierra dirigida a una persona no constituye radiodifusión; tampoco el mensaje de socorro que una nave eventualmente pueda emitir, pues falta la nota de habitualidad.

El término Radiodifusión no predetermina así, que su contenido sean sonidos (Radiofonía) imágenes (facsimil) o sonidos e imágenes (radio-televisión). (16). En el lenguaje vulgar sin embargo el termino Radio se contrapone a Televisión ("La Radio-La Televisión)". Por su parte el lenguaje técnico y jurídico lo reconocen.

Así ya en el Convenio de Telecomunicaciones de Madrid de 9 de Diciembre de 1932 se habla de radiodifusión visual -- o Telefonía. El Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones aprobó en la conferencia de El Cairo en 1938 con las modificaciones de Atlantic City (1947) y Paris (1949) seguian manteniendo el mismo criterio. En la actualidad el Reglamento de Telecomunicaciones de Buenos Aires (1952) con los sucesivos modificaciones de Ginebra siguen la misma linea.

Por tanto la Radiodifusión comprende tanto la radiofonía como la Televisión y, en cualquier caso, en cuanto que es una forma de Radiocomunicación supone el empleo de las ondas hertzianas; por ello se excluye del termino la difusión por cable aunque en algunos países con emisoras privados de Radiodifusión estos pretenden que la Radiodifusión no excluye la utilización de cables empleados accesoriamente para servir zonas difíciles (17).

(16) Vid. en el mismo sentido A. Namurois "Structures et organisation de la radio télévision dans le centre de radiocommunications. UER monographie pag. 2, y pag. 19

(17) Albert Namurois ob. cit. pag. 57 y 165.

3.- Panorama histórico

A lo largo de éste epígrafe vamos a examinar la evolución de las normas reguladoras de la radiodifusión desde sus más lejanos antecedentes hasta la aparición de la televisión. No trataremos con ello de hacer un catálogo ordenado cronológicamente describiendo el contenido de las sucesivas disposiciones. Ningún interés tiene ello para nosotros, salvo en puntos concretos que guarden relación con aspectos singulares que son objeto de estudios mas detenido en la segunda parte de éste trabajo, como es el caso del llamado impuesto de Publicidad cuyos antecedentes - pueden encontrarse en la Real Orden de 14 de Junio de 1924; sí tiene sin embargo ese interés la indagación histórico-legal de un tema esencial en ésta materia: el régimen a que queda sometida la radiodifusión: bien libertad plena de los particulares para ejercer actividades radiodifusoras, bien prohibición total a los particulares de tal ejercicio, bien prohibición bajo reserva de dispensación, simple intervención, etc, así como las consecuencias lógicas de éste dato radical en orden sobre todo al respecto de los derechos de los españoles en relación con la libertad de expresión y libertad industrial; nos parece que estos temas son los fundamentales en la materia: monopolio o libertad, abstención o intervención, garantía de los derechos, etc, son los fundamentales que tiene planteados la televisión en España y en cualquier país del mundo. Si estos son los temas fundamentales son -

también por ello permanentes; de ahí que no se enfoquen otros aspectos que no tengan relación con ellos.

Desde éste prisma pasamos al estudio histórico legal de la radiodifusión que dividimos cronológicamente en tres períodos: el primero arranca de 1907, fecha en que se aprobó una ley autorizando al gobierno a plantear o desarrollar los servicios de telegrafía, cables y teléfonos y que sirvió de apoyo al R.D. de 24 de Enero de 1908 para monopolizar las comunicaciones eléctricas, y termina al publicarse el R.D. de 27 de Febrero de 1923 con el que empieza el segundo período; este comprende desde el referido R.D. hasta la Ley de Radiodifusión de 26 de Junio de 1934, el --tercero y último comienza con esta Ley y termina en los años 1953 a 1958 con la organización del Servicio de Televisión como exclusivo del Estado que se analizan en otro lugar.

3.1.- Antecedentes normativos de la Radiodifusión. (1903-1923).

A) El 26 de Octubre de 1907 se aprueba por las Cortes una Ley por la que se autoriza al Gobierno a "plantear o desarrollar, valiéndose de entidades nacionales los servicios de radiotelegrafía, cables y teléfonos" (Art. 1º). Tal autorización iba a tener sin duda consecuencias insospechadas, pues unos meses mas tarde, el Gobierno, en uso de la misma, por Real Decreto de 24 de Enero de 1908 declaró comprendido entre los monopolios del Estado "relativos al servicio de toda clase de comunicaciones eléctricas -- el establecimientos y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a la llamada "telegrafía hertziana" "telegrafía eté--rica" "radio telegrafía" y demás procedimientos similares ya in--

ventados o que puedan inventarse en el porvenir" (art. 1º del Real Decreto).

En la práctica estas disposiciones han sido el fundamento del monopolio del Estado sobre la actividad radiodifusora y así muchas disposiciones posteriores en sus preámbulos las han señalado como las creadoras del mismo; pero aunque ciertamente tales disposiciones han funcionado con ese carácter justificador del monopolio o publicación de la actividad, lo cierto es que su legalidad parece más que dudosa. En efecto la Ley de 26 de Octubre de 1907 concedía al Gobierno una autorización perfectamente delimitada y sin embargo, éste se salta aquellos límites a la hora de cumplir el mandato legal en dos puntos fundamentales.

Por una parte la Ley de 26 de Octubre de 1907 autorizaba al Gobierno a plantear o desarrollar" determinados servicios; pues bien; lo que el Gobierno hace por medio del Real Decreto citado es monopolizar el establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a la radiotelegrafía y similares; por tanto se sustrae a la iniciativa privada un sector de la libertad de industria de que, en principio, gozaba y además se hace por una norma que no tiene rango legal.

Por otra parte la Ley de 26 de Octubre de 1907 se refería solamente a la radiotelegrafía, cables y teléfonos en tanto que el Real Decreto monopoliza la radiotelegrafía y "demás procedimientos similares ya inventados o que pueden inventarse en el porvenir"; la vaguedad de esa expresión es la que ha aprovechado la Administración para entender que comprendía también la Radiodifusión.

Las consecuencias de este doble exceso del Gobierno a la hora de cumplir el mandato legal no podían ser otras que la invalidez del Real Decreto en cuanto al monopolio de la radiotelegrafía y, desde luego también, de la Radiodifusión si es que pudiera pensarse que se refiere a ella.

El reconocimiento de la libertad industrial en la Constitución vigente en la fecha del Real Decreto de 24 de Enero de 1908 conduce a tal resultado por no poder conculcarse la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos por normas de carácter administrativo; la libertad de industria quedaba claramente definida en la Constitución de 30 de Junio de 1876 en cuyo art. 3º se reconocía a los extranjeros tal libertad y por tanto, a mayor abundamiento, también a los españoles (18).

De otro lado también quedaba conculcado el artículo 13 de la misma Constitución referente a la libertad de expresión por medio de la prensa o cualquier otro medio.

En cualquier caso y, con independencia de la invalidez del monopolio que establece el Real Decreto de 24 de Enero de 1908, que a nuestro juicio es clara, no puede entenderse que su art. 1º esté refiriéndose a la radiodifusión en esa reserva del monopolio a los "demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir"; varias son las razones que justifican esta afirmación: la primera que la Ley de 26 de Octubre de 1907 se refería sólo a la radiotelegrafía, cables y teléfonos y por ello la interpretación del Real Decreto que desarrolla la autorización debe hacerse teniendo a la vista el contenido

(18) La estrecha relación de la Radiodifusión-TV ha sido puesta de relieve por casi todos los autores españoles y extranjeros. En nuestra patria, entre los que han tratado el tema pueden citarse: Rivero Isern "Consideraciones" págs.; Gonzalez Casanoya, ob. cit. Juan Beneyto: Ordenamiento Jurídico de la Información pág. 194.

de tal autorización, que como hemos dicho, no se refiere para nada a la radiodifusión ni a los "demás procedimientos" futuros; la segunda que, de acuerdo con la anterior, la referencia a "los demás procedimientos ya inventados o que se inventen" - del art. 1º de las aprobadas por Decreto de 24 de Enero de 1908 "Bases para el establecimiento en España del Servicio radiotelegráfico" se refiere precisamente a la telegrafía y no a las demás comunicaciones eléctricas; es decir, esos procedimientos - inventados, o que se inventen, son los relacionados con las comunicaciones telegráficas inalámbricas y sólo con ellas, pero no por ejemplo con las comunicaciones telefónicas; con ésta interpretación, congruente con la Ley de 26 de Octubre 1907 queda al margen de la reserva futura, contenida en el art. 1º de las Bases, la Radiodifusión; la última razón: que, aunque no se aceptasen las anteriores y se entendiera que el art. 1º de las Bases extiende el monopolio a la futura Radiodifusión, el mismo - carecería de validez según antes se ha visto por excederse de la autorización de la Ley de 26 de Octubre de 1907 e ir en contra de principios y derechos de rango constitucional.

Después de lo hasta aquí expuesto podía parecer innecesario el examen del contenido de las normas examinadas, pero como en la práctica, según ya dijimos, la Administración ha visto en ellas el fundamento del monopolio en la Radiodifusión es conveniente su examen para conocer, al margen del tema radical de su "validez", algunos aspectos relevantes de la organización del servicio.

El Real Decreto de 24 de Enero de 1908 aprueba las bases y el reglamento para el establecimiento en España del servicio radiotelegráfico. En las bases su art. 6º prevee la autorización a particulares para instalar estaciones radiotelegráficas en los puntos en que no se instalen oficialmente; estas estaciones, de acuerdo con el mismo art., quedan sujetas a las condiciones especiales con que se conceden y a las generales - que rijan las estaciones del Estado; la autorización se otorga en su caso a petición de los particulares, reservándose el Estado el derecho de adquirir, previa indemnización, esas estaciones radiotelegráficas así como suspender el servicio en circunstancias extraordinarias relacionadas con la seguridad del Estado y el orden público.

Aparece así el monopolio en su pleno sentido como una reserva de la actividad ("establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos") que no es total y absoluta pues junto a las estaciones del Estado, pueden existir las de particulares autorizados. La figura de estos particulares no queda muy clara en las Bases pero su sujeción a las condiciones generales de las estaciones y servicios de las del Estado la acercan a la figura del concesionario. Por otra parte la circunstancia de que estas estaciones particulares se sitúen en lugares en que no se instalen oficialmente y lo sean a petición de los mismos, diferencian a estos particulares de aquellos otros que pudieran resultar concesionarios de las subastas y concursos promovidas por la Administración relativas a estaciones oficiales. Aparece así una solución que después se seguirá repitiendo en nuestro derecho y también en el Derecho Comparado: La presencia de los particulares en la explotación del monopolio en dos situaciones --

distintas que a veces se confunden: como concesionarios de estaciones del Estado y como autorizados por el mismo para estaciones no oficiales pero en un régimen algo parecido al concesionario del servicio público.

Por otra parte, el alcance del monopolio que en su art. 1º se extiende a la explotación de "todos los sistemas y aparatos", teniendo por tanto un alcance total en cuanto a la emisión y recepción, en virtud de su artículo 7 muestra los límites de tal monopolio cuando dispone que "los buques de la Marina-Mercante podrán instalar a su borde estaciones de cualquiera de los sistemas telegráficos de uso corriente, previo permiso especial del Ministerio de Marina, de quienes se solicitará y lo otorgará en las condiciones que establecen el Convenio Internacional y Reglamento de servicio, adoptado en Berlin en 3 de Noviembre de 1906".

De acuerdo con lo expuesto vemos que el monopolio desaparece totalmente en lo que se refiere a la Marina Mercante, lo que junto a los supuesto más arriba mencionados de intervención de los particulares en la labor radiotelegráfica, pone de manifiesto el carácter básicamente táctico de la declaración de monopolio como forma de poseer unos poderes absolutos sobre la actividad más que como deseo de utilizar en exclusiva el nuevo invento.

B) Real Decreto de 19 de Julio de 1914. Real Decreto de 8 de Febrero de 1917 y Real Decreto 13 de Enero de 1920.

Estas tres disposiciones son desarrollo de las examinadas con anterioridad y tienen relevancia por dos razones: en primer lugar, por ampliar los supuestos en que se admite a los particulares el ejercicio de las actividades monopolizadas y en segundo lugar porque muestra cómo la Administración interpret extensivamente el alcance del monopolio que comprendía así, no sólo la radiotelegrafía, sino también la radiotelefonía y por -- tanto también la radiodifusión de sonidos e imágenes.

El Real Decreto de 19 de Julio de 1914 modifica el art. 6º de las bases del de 24 de Enero de 1908, anterior en el sentido de añadir unos párrafos en cuya virtud es reglada la concesión a particulares de autorización para el uso de estaciones receptoras y para usos científicos o auxiliares de Observatorios metereológicos siempre que el solicitante sea una Entidad Oficial o particular con la garantía de un Departamento Oficial.

El Real Decreto de 8 de Febrero de 1917 regula la inspección de las estaciones radiotelegráficas civiles para "velar por el interés y el orden público, por los derechos del monopolio de comunicaciones que corresponde al Estado, por el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la materia y por la observancia estricta de las condiciones de cada concesión".

También podía ejercer esa inspección la Compañía Nacional de Telegrafía sin hilos para la defensa de los derechos que tenía en virtud de su contrato con el Estado.

Si tenemos en cuenta que entre esas estaciones radio-telegráficas incluía el art. 1º las destinadas a usos científicos o auxiliares de Observatorios Meteorológicos se comprenderá la complejidad de situaciones que ostentaban los particulares que concurrían en el ejercicio de la telegrafía y que -- iban desde el simple concesionario hasta el simple autorizado con o sin condiciones o modos.

Es importante destacar el art. 5º de este Real Decreto que otorga al Ministerio de la Gobernación facultades discrecionales para conceder o negar la concesión de la autorización para instalar una estación radiotelegráfica civil.

Por último la norma más importante de todo este período es el Real Decreto de 13 de Enero de 1920 que regula la concesión de autorización para instalaciones temporales transmisoras o receptoras destinadas a usos científicos.

El Real Decreto empieza por distinguir entre instalaciones permanentes y temporales; estas son las que realmente regula en relación a su concesión aligerando los requisitos que con carácter general exigía el Real Decreto de 8 de Febrero de 1917 que se seguiría aplicando para las instalaciones permanentes; -- pero lo verdaderamente trascendente de este Real Decreto es que se está refiriendo a las instalaciones "radiotelegráficas o radiotelefónicas" siendo así que éstas últimas no habían sido objeto de regulación ni en la Ley de Octubre de 1907 ni en el -- Real Decreto de Enero de 1908 como vimos anteriormente. Somete así a un mismo régimen las autorizaciones para transmitir "señales" a distancia mediante ondas hertzianas y para transmitir

"voces" humanas o sonidos directamente inteligibles por medio de tales ondas; el paso es trascendental al asimilar ambos sistemas, lo que pronto conduciría a la afirmación del monopolio -- para la radiodifusión aplicando sin más el Real Decreto de 24 de Enero de 1908 como veremos a continuación.

3.2.- Los comienzos de la Regulación de la Radiodifusión propiamente dicha 1923-1934.

Estudiamos ahora un período de gran importancia porque -- constituye el primer intento de regular la radiodifusión en -- nuestro país y sus vacilaciones y defectos marcarán decisivamente su posterior evolución incluso hasta nuestros días.

La premisa de que se parte es la existencia de un monopolio en esta materia que como se ha visto no habia sido declarado -- nunca.

Comprende este periodo tres fases perfectamente definidas: hasta 1929 la Radiodifusión era una actividad ejercitable por los particulares libremente, pese a la declaración de monopolio contenida en el Real Decreto de 27 de Febrero de 1923, desde 1929 y hasta el advenimiento de la República el Estado asume plenamente la actividad radiodifusora mediante el Servicio Nacional de Radiodifusión aunque admite la concurrencia de particulares si bien con medidas que limitan la rentabilidad del particular. Por último con el advenimiento de la República y la revisión de la obra legislativa de la Dictadura que afecta al Servicio Nacional de Radiodifusión se inicia un período confuso que termina con la primera, y última hasta el momento, ley de Radiodifusión.

A) Real Decreto de 27 de Febrero de 1923 y Real Orden de 14 de Junio de 1924.

El Real Decreto de 27 de Febrero de 1923 en su artículo 1º dispone que "todas las instalaciones radieléctricas constituyen un monopolio del Estado y desde la publicación de este Real Decreto quedan terminantemente prohibidas aquellas estaciones - transmisoras y receptoras o simplemente receptoras que no sean debidamente autorizadas por el Ministerio de la Gobernación o en su nombre por el Director General de Comunicaciones".

Es interesante el preámbulo de esta disposición porque - tras describir el panorama internacional y explicar las razones que en algunos países llevaron al monopolio o control de los nuevos medios de comunicación e "imitando a las grandes Naciones mencionadas, al Gobierno Español no puede hacer dejación de sus derechos a reglamentar la radiotelefonía, evitando que se cree una situación anárquica parecida, aunque en pequeño, a la creada en los Estados Unidos: perturbadora de los servicios ya establecidos, lesiva para los intereses del tesoro y perjudicial para la propia conveniencia del público en general".

Como se ve el mantenimiento del orden y el evitar la anarquía en materia de comunicaciones constituyen la razón del monopolio que se declara y que, debe notarse, no es monopolio de -- servicio sino de las instalaciones radioeléctricas. Parece como si lo que se quisiera es encontrar un fundamento a la intervención en la materia y mediante el monopolio ^{de} las instalaciones -

lograr la prohibición de las estaciones que no estén autorizadas. Aparece ya la autorización como dispensa de ese monopolio aunque también podría entenderse al amparo del artículo 7º que se refiere a los particulares consecionarios. A nuestro juicio sin embargo se trata de dos situaciones distintas: el Real Decreto monopoliza las instalaciones para, a renglón seguido, prohibir las estaciones que no están autorizadas con lo que se marca el alcance del monopolio, que no es de servicio. Con independencia de ello, su artículo 7º establece que " el Estado podrá explotar el servicio por concesión o por si mismo" y a continuación que los particulares podrán solicitar la implantación de un sistema de explotación parecido al de otros países y su art. 4º dispone que "las instalaciones de nuevas estacines radiotelegráficas se sujetarán a las prescripciones de orden económico y técnico que se establezcan en el Reglamento". Resulta de todo ello que en la mente del autor del Real Decreto y en este mismo no se preve un monopolio del servicio, pues aunque se preve la explotación de éste por el Estado mediante concesionario o por si mismo, también se preve la instalación de estaciones por particulares y su participación en la organización de éste y en la elaboración del futuro Reglamento (art. 6).

La Real Orden de 14 de Junio de 1924 que aprueba el Reglamento para el establecimiento y regimen de estaciones de cuarta categoría (radiofusión) ^{dispone que:} "podrán ser establecidas libremente por los particulares o corporaciones sin concesión de monopolio alguno".

Esta Real Orden pese, a que aprobó el Reglamento con carácter provisional, no llegó a ser sustituida por otra. La dualidad en regímenes oficial y privado aparece clara en el Reglamento en cuyo artículo 2 se consideran estaciones oficiales, además de las que presten un servicio practicado directamente por si por un Ministerio cualquiera las del Estado arrendadas para servicios públicos; estaciones particulares serán las demás.

El referido Reglamento clasifica las estaciones radioeléctricas en cinco categorías. Merece la pena destacarse como en casi todas las categorías está ausente la idea de servicio público. Así, las estaciones de aficionado (5ª categoría) o las estaciones para establecer contacto entre dos puntos fijos o móviles (3ª categoría); en estos casos los particulares a quienes se autoriza a efectuar la actividad no prestan un servicio público sino que se benefician privadamente de una técnica moderna. Queremos decir con esto que el monopolio de las instalaciones radioeléctricas no pretendía tanto monopolizar el servicio, como obtener un título para controlar con plenos poderes el uso de las ondas por razones de orden público y seguridad del Estado y como medio de ordenar la actividad evitando interferencias y perturbaciones que la hicieran imposible.

En relación con la Radiodifusión propiamente dicha el artículo 19 afirma la libertad de establecimiento de las estaciones particulares a las que se asigna unas longitudes de onda determinadas (artículo 21) al igual que las estaciones oficiales que tienen las suyas (artículo 20). Tal libertad parece -

que tenía desde luego algunas limitaciones: por una parte, la Administración era la que concedía la longitud de onda que había de usarse así como el tiempo de la transmisión (artículo 19); por otra, las estaciones privadas quedaban intervenidas -- permanentemente por un funcionario del cuerpo de telégrafos, y antes de ponerse en funcionamiento debían ser reconocidas -- para comprobar si se ajustaba a las condiciones de la concesión. Además si en un plazo determinado no se habían empezado las -- instalaciones o no había empezado a funcionar la emisora se anulaba la concesión.

Pero lo más relevante a nuestro juicio era la limitación temporal de la concesión que no podría ser superior a 10 años ni inferior a 2 (artículo 28) salvo la prórroga prevista en el artículo 33.

El Reglamento según se vé emplea la palabra concesión y concesionario; sin embargo no está claro que se trate de la figura típica del concesionario del servicio público: en primer lugar, porque el establecimiento de estaciones era libre, según expresión del art. 12, por lo que la Administración se limitaba a asignar la longitud de onda y las horas de transmisión puesto que "no debiendo ser objeto de un privilegio este medio de difusión cultural no se accederá a las peticiones que por el número de horas o que por las longitudes de onda que se pretendan tiendan a impedir la concurrencia de otras entidades al mismo fin y, a tal objeto, no se concederá a un mismo solicitante más que el empleo de una longitud de onda dentro de la misma hora". En segundo lugar porque aunque el art. 22 del Reglamento señala en -- forma genérica el contenido de la actividad radiodifusora, ningún

poder se reservaba el Estado sin embargo a la hora de fijar el contenido concreto de los programas ni su orientación. Al contrario, se trataba de lograr la concurrencia de diversas entidades evitando justamente monopolios de cualquier tipo. Sin embargo, frente a ello, se da la circunstancia de que existía una obligación de actividad hasta el punto de que el art. 30 señala que quedaría anulada la concesión si no se comenzaba la ejecución de las instalaciones o la radiación en un plazo determinado; y el art. 33 por su parte señala entre las causas de caducidad la falta de emisión durante un mes. La limitación de ondas existentes justifica esta exigencia de actividad para no perjudicar los derechos de quienes estando en condiciones de emitir no tienen longitud de onda, ni los derechos del público en general.

No estamos por tanto ante la figura del concesionario típico ni tampoco ante la simple autorización, sino tal vez ante una autorización que configura una situación de servicio público impropio (19).

Junto a estos particulares están los de las emisoras del Estado arrendadas para servicios públicos que se encuentran en una situación concesional típica (art. 2º).

La afirmación de la libertad de establecimiento parece indicar la existencia de un derecho de los particulares al mismo, de tal modo que la Administración quedaba obligada a autorizar las instalaciones si había ondas suficientes para reunir -

(19) Cfr. Jose L. Villar Palasi. La intervención administrativa en la industria, pág. 261.

los requisitos técnicos necesarios; es decir, no se trataba de una actuación discrecional la concesión de la autorización o al menos no totalmente discrecional; ello podría parecer - contrario a la existencia del monopolio del Estado, al suponer la existencia de un derecho subjetivo por parte de los particulares al ejercicio de actividad radiodifusora; sin embargo debe tenerse en cuenta que tal derecho subjetivo no encuentra su fundamento en derechos previos y constitucionales que se opusieran al monopolio del Estado sino que arranca de la propia normativa estatal que afirma la libertad de establecimiento de estaciones y del principio de igualdad de los españoles. Naturalmente todas estas consideraciones dejan al margen el tema de la legalidad del monopolio a que más arriba nos hemos referido; se trata de saber desde los propios presupuestos del Real Decreto de 27 de Febrero de 1923, entre los que está el monopolio de las instalaciones radioeléctricas y Real Orden de 14 de Junio de 1924, si la concesión de longitudes de onda era discrecional de la Administración o no (20).

Por otra parte la existencia de un derecho a la concesión en la Real Orden de 14 de Junio (el artículo 47 de esta última disposición habla de "las normas de libertad establecidas en los artículos anteriores") encontraba limitaciones de índole técnico-jurídico en cuya apreciación la Administración podría oír con cierto margen de libertad: técnicamente la limitación de las ondas sería causa suficiente para denegar la concesión así como

(20) Manuel Camacho y de Ciria, Jefe del Gabinete de Estudios del Mº de Información y T. habla, para referirse a este Decreto, de "renuncia al ejercicio del Monopolio". "Regulación legal de la Radiodifusión en España", Iª Semana Internacional de estudios de Radio.

también las perturbaciones en otros servicios ya concedidos (art. 32) lo que condicionaba el otorgamiento de toda concesión. Jurídicamente las concesiones se hacían por un tiempo determinado y así, si el Estado modificaba en el interregno la normativa aplicable, suprimiendo por ejemplo el régimen la libertad, el particular se encontraba al término de su concesión con que podía no renovársele pues al no basarse su derecho en normas constitucionales sino en la propia organización administrativa de la actividad monopolizada, la variación de esta podía dejarle sin derechos en la nueva normativa de la actividad. La limitación de la concesión entre dos y diez años era así una medida de precaución de cara a una modificación de las normas que el propio autor de la Real Orden veía como posible.

En efecto el artículo 47 de la Real Orden que analizamos prevee un sistema de recambio: "Si transcurridos ocho meses desde la publicación del presente Reglamento y puesto en práctica el Servicio de Radiodifusión con arreglo a las normas de libertad establecidas en los artículos anteriores, no satisficieran los anhelos públicos por deficiencias técnicas o mediocridad de los programas emitidos y así lo manifestasen por escrito a la Dirección General de comunicaciones más de la mitad de los poseedores de licencias para aparatos receptores....". El artículo concluía admitiendo la formación de un consorcio, integrado por entidades dedicadas a la construcción y venta de material radioeléctrica, que en el plazo de un año debía constituir cuatro estaciones que cubriesen el territorio nacional con un servicio mínimo de tres horas diarias y a cambio percibiría el referido consorcio una serie de impuestos y abonos que se establecerían. La actividad

del consorcio no suponía monopolio, pero se colocaba por razón de las medidas de fomento indicadas en una situación ventajosa respecto de las demás particulares que sólo podían contar como ingresos de la propia actividad los provenientes de la propaganda (art. 22).

Por último debe señalarse que este reglamento pese a su carácter provisional estuvo en vigor hasta la ley de 1934 con las modificaciones que mas abajo se verán. Antes que él, hubo otro que no llegó a tener vigencia.

En efecto, la Real Orden de 26 de Mayo de 1923 aprobó el primer Reglamento provisional de estaciones radioeléctricas particulares, si bien sus disposiciones no llegaron a tener efectividad pues la Real Orden aprobatoria así lo dispuso, hasta que no se aprobase con carácter definitivo, lo que no llegó a ocurrir, pues fue sustituido por la Real Orden de 14 de Junio de 1924, Sin embargo tiene cierta relevancia el análisis de algunos de sus preceptos, así en su artículo 1º definía las estaciones radiotelefónicas de carácter particular como todas aquellas -- "que no prestan un servicio público (oficial o privado), es decir, todas las instaladas o que se instalen, menos los dependientes de los Ministerios de la Guerra, Marina y Gobernación y de la Compañía Nacional de Telegrafía sin hilos en los lugares que determina el pliego de condiciones que rige su concesión".

El alcance de la expresión servicio público es evidente, supone la asunción por el Estado, con o sin monopolio, de una actividad que satisface una necesidad o interés general. La referencia a que ese servicio público puede ser oficial o privado

se relaciona con el contenido del servicio, como más adelante se vé en el artículo 15 que en sus apartados A y B describe las dos clases de servicios:

"A) Corresponden a esta clase de estaciones la transmisión de todo género de servicio oficial de interés o utilidad general como son"

B) El objeto de estas estaciones deberá ser cultural, recreativo o de propaganda comercial.

Después el artículo 16 señala que el servicio de las estaciones del apartado A del artículo 15 será explotado por el Estado por mediación del Cuerpo de telégrafos y los del apartado B podrá ser explotado por el Estado y si no le convieniera podrá concederlo a sociedades, entidades o particulares teniendo en cuenta el artículo 7 del Real Decreto del 27 de Enero de 1923.

La redacción del artículo es algo contradictoria pues solo cuando el servicio del apartado B no es explotado por el Estado se prevee la concesión. Parecería entonces que el Estado podía asumir en exclusiva la prestación de todo servicio de radiodifusión. Sin embargo esto no era así, pues entonces no tenía sentido dictar un reglamento para estaciones particulares ni definir las. Tengase en cuenta además que cuando se presta un servicio público oficial o privado, y ya hemos visto el sentido de estas dos expresiones, la estación que lo hace no tiene carácter particular (artículo 1º) y el servicio público puede prestarse no solo directamente por el Estado sino también por medio de concesionario. En definitiva, consideramos que el régimen que se -

establecia era doble: Por una parte estaciones no-particulares que prestaban un servicio público de dos clases: Oficial (A) y no Oficial (B).

El oficial se servía directamente por el Cuerpo de Telegrafos.

El No Oficial por el Estado o por concesión; por otras estaciones particulares que prestaban servicio no público (art. 1º) y no oficial (B).

En cualquier caso la falta de vigor de este reglamento nos exime de profundizar en su alcance; se ha recogido aquí como botón de muestra de las vacilaciones iniciales de nuestra Radiodifusión que en un principio acudía incluso a la iniciativa privada para que participase en el proceso normativo como ocurre en esta Real Orden que abre un plazo para que los particulares pudieran presentar enmiendas y rectificaciones al mismo.

B) Real Decreto de 26 de Julio de 1929 y Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930.

El Régimen de libertad que instaurase la Real Orden de 14 de Junio de 1924 es transformado en un régimen de signo contrario por el Real Decreto de 26 de Julio de 1929 que creó el primer Servicio Nacional de Radiodifusión. A éste le correspondía la ejecución preferente de las transmisiones radiotelefónicas en España. La expresión Servicio Nacional de Radiodifusión parece expresar la creación de un Organismo, es decir, que se emplea la palabra Servicio en un sentido subjetivo, así cuando en el Artículo 2º se dice que:

"El Servicio Nacional de Radiodifusión estará constituido:

A. Por la red de estaciones".

Sin embargo por otra parte el Servicio Nacional de Radiodifusión no parece tener ninguna personalidad jurídica; no surge un nuevo ente. La red de emisoras esta constituida por un concesionario que es quien ejerce el servicio de radiodifusión en sentido material bajo la vigilancia de la Junta Técnica e Inspectoría de Radiocomunicaciones.

El futuro concesionario estaba en una situación de monopolio casi absoluto, con excepción de emisoras para uso exclusivo de servicios oficiales, pues la posibilidad prevista en el artículo 1º del Real Decreto de 26 de Julio de 1929, de que -- otras entidades pudiesen instalar emisoras, era practicamente ineficaz desde el momento que a estas emisoras se les cerraba toda fuente de ingresos al no poder hacer publicidad ni percibir cuotas sobre receptores y ni siquiera subvenciones del Estado o Corporaciones públicas. Si a esto añadimos que el Gobierno apreciaba libremente las condiciones de los concursantes a la concesión del Servicio Nacional de Radiodifusión sin posibilidad de recurso alguno, facilmente se comprenderá la polvareda que -- el mismo levantó en su tiempo sin que pudiera llegar a celebrarse nunca.

De aquí que continuara vigente la Real Orden de 14 de Junio de 1924.

Debe destacarse como este Real Decreto sigue manteniendo la dualidad que hemos señalado en la normativa anterior. Por -- primera vez se asume por el Estado un servicio público a ejecu-

tar por concesión pero ese servicio público no impide la instalación de otras emisoras autorizadas aunque con enormes limitaciones financieras. Esta claro que existe una concesión - de un servicio público asumido por el Estado y una concesión de actividad radiodifusora que no es concesión de servicio. El monopolio del Real Decreto 1908 y 1923 era un monopolio de instalaciones pero relativas al servicio de comunicaciones. Lo - que concede el Estado es la ejecución de dicho "servicio monopolizado"? O, más bien, no se trata de una concesión de dispensa para ejercer una actividad prohibida sin transferencia de ejecución de un servicio público? Si fuese lo primero el concesionario tendría una obligación de actividad determinada, de prestaciones positivas, de unos determinados programas, no de simple libertad de instalación y además de alguna forma habría una responsabilidad del Estado en la prestación del servicio. Si lo segundo, no existiría por el contrario esa obligación de actividad o de dar un contenido a los programas ni responsabilidad del Estado. Como vemos en la normativa anterior coexisten las dos situaciones y la creación positiva del Servicio Nacional, esto es la asunción expresa y organizada por el Estado de ese servicio de radiodifusión, no impide que los particulares puedan prestar su propio servicio en el que no interviene para nada el Estado ^{en su} ni en sus programas, ni organización con salvedad de sus aspectos externos, longitud de onda, ejercicio de la actividad (por la escasez de ondas de que se dispone, etc.).

Además el art. 7º del Real Decreto que permite la instalación de otras emisoras, dispone que estas no podrán percibir subvenciones del Estado o Corporaciones ni participar en las - cuotas de receptores ni hacer propaganda. A la vista de tales -

preceptos es obvio que no puede hablarse de concesión de servicio cuando falta el mas mínimo equilibrio de prestaciones.

Prácticamente se quiere impedir la actividad de los particulares pero se hace indirectamente cerrando las puertas financieras, si a pesar de ello, algún particular instalaba una estación nadie podia señalar que estaba prestando un servicio - por cuenta del Estado.

El concurso para el establecimiento del Servicio Nacional no llegó a celebrarse, la opinión publica y la prensa se mostraron muy sensibles ante el problema de la forma de adjudicación dado que ello suponía un monopolio de hecho de la actividad -- como reconoce Rivero Isern.

Sin embargo se produce un vacío normativo ya que, si bien el Real Decreto de 26 de Julio de 1929 contradecía la Real Orden de 1924, sin embargo al no realizarse el Servicio Nacional se producía una situación ambigua que se pretendió solucionar por el Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930. Anteriormente el - Real Decreto de 7 de Enero de 1930 prohibió el otorgamiento de concesiones pero sólo en la referente a los servicios internacionales; para los servicios nacionales el problema sigue siendo el mismo, de ahí la importancia de las bases transitorias - del Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930. En éste, como veremos, se sigue una Técnica planificadora, el Estado estima las - necesidades que hay que cubrir y el número de estaciones necesarias para hacerlo y de antemano anuncia que sólo podrán concederse las estaciones que sean ajustadas a las previsiones -

hechas en el plan transitorio. Este pretendía solucionar el problema planteado por la existencia del Servicio Nacional de Radiodifusión; mientras tanto, los particulares podían seguir solicitando concesiones radiodifusoras y en ese supuesto se planteaban dos problemas: el primero era si convenía planificar tales concesiones para evitar interferencias y perturbaciones a la hora de establecer el futuro servicio; el segundo que el Real Decreto de 26 de Julio de 1929 además, de establecer el Servicio Nacional había regulado las demás emisoras particulares y en el sentido de no poder verificar publicidad con lo cual si, el Servicio Nacional no se establecía, tampoco se animaba a los particulares a cubrir ese vacío en tales condiciones financieras. La Base undécima del Plan transitorio soluciona este segundo problema al reconocer entre los ingresos del concesionario de estaciones del Plan transitorio el importe de los anuncios y al establecer en su base adicional que las estaciones -- existentes seguirían funcionando como en aquel momento hasta la instalación de otra estación adaptada al plan transitorio y como las estaciones existentes habían sido concedidas en su mayoría a 1 amparo de la Real Orden de 14 de Junio de 1924, su normativa admitía la publicidad comercial.

El primer problema se solucionó de la siguiente forma: como la opinión pública se había mostrado contraria al concurso para la adjudicación de emisoras del Servicio Nacional a un solo concursante y con plena discrecionalidad por parte de la Administración contra cuya decisión no cabía recurso alguno (artículo 15 Real Decreto 26 de Julio de 1929) quedando el adjudicatario en situación de monopolio por las dificultades financieras que para las demás emisoras privadas suponía la prohibición de publicidad, el Gobierno Berenguer autoriza el otorgamiento de --

nuevas concesiones mientras se ajustasen a las concesiones y características técnicas de la Red Nacional (Base primera); dichas concesiones no eran revertibles al Estado y su duración máxima era de diez años pero si durante el plazo de vigencia de la concesión se adjudicaba el Servicio Nacional de Radiodifusión aquella se extinguía (base Décima) percibiendo la indemnización que les diera el adjudicatario del Servicio Nacional de acuerdo con las bases tercera y cuarta. Se trata de ir formando la infraestructura del Servicio Nacional ~~dormando~~ la infraestructura del Servicio Nacional aprovechando la iniciativa de los particulares. Sin embargo el plan transitorio cambia la situación de los particulares autorizados o concesionarios; los que lo fueran al amparo del Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930 no estaban ya en esa situación a medio camino entre la autorización y la concesión sino que se trata de auténticos concesionarios de un servicio público como se desprende de las Bases Sexta y Novena y de la Decimotercera.

En efecto, se crea una comisión de programas con misiones de control, para evitar las difusiones contrarias "al carácter público o nacional del servicio, contradigan su prestigio moral o científico o provoquen reclamaciones de los radioyentes" y de organización de emisiones" con la colaboración de elementos culturales artísticos etc." (Base 6ª).

Además el Estado interviene en las emisiones por medio de Delegados (Base 7ª), se reserva el derecho de utilizar durante media hora diaria cualquier estación para su servicio --

oficial (base 8ª) y obliga al concesionario a mantener las instalaciones" con arreglo a los adelantos de la radiotécnica" (Base 9ª) cláusula típica de las concesiones de servicio público. Por otra parte la concesión no se hace ya directamente sino que cuando alguien la solicita se abre un concurso público, salvo para las locales (Bases 13ª y 15ª).

Todas estas características autorizan a hablar de una auténtica concesión de servicio público de las estaciones del plan transitorio que subsiste con las concesiones anteriores, cuya vigencia mantiene la Base Adicional, y cuyas características eran notablemente diferentes por el régimen de libertad con que se otorgaron.

La Base Adicional mencionada mantenía el régimen de las emisoras existentes hasta que se instalase otra del plan transitorio en la misma localidad en cuyo caso el apartado b) de la Adicional prevee varias soluciones pero no el régimen jurídico aplicable. Así dice tal apartado b) que ante un proyecto de instalación de una emisora del plan transitorio la Junta Técnica e Inspector de Radiocomunicación podrá acordar o el cese de las emisiones, o continuar con las mismas en forma supletoria y en las horas que se fijen o radiar utilizando onda común; en cualquiera de los tres casos el adjudicatario de la estación del plan transitorio debía compensar al anterior según la autorización que este tenga concedida; y en el caso de que tuviera que cesar totalmente, se les da preferencia para instalarse en las localidades que no queden "comprendidas en el área de buen servicio de las estaciones regionales o locales". Como se ve no se habla de régimen jurídico aplicable, por

lo que debe suponerse que continuaban con el anterior pero con las modificaciones del párrafo b) de la Disposición Adicional.

Con esta norma termina este segundo periodo y se abre paso al tercero que se inicia con el advenimiento de la República y que se analiza a continuación.

C) Desde el advenimiento de la República hasta la ley de 26 de Junio de 1934.

La Gaceta de 26 de Abril de 1931 publicó un Decreto de fecha 25 del mismo mes y año por el que se derogaban dos Decretos de 26 de Junio de 1929: uno, el que reorganizó la Junta Técnica e Inspectoría de Radiocomunicación y otro, el que estableció el Servicio Nacional de Radiodifusión. El preámbulo de este Decreto del Gobierno provisional se refiere a las razones que le llevan a suprimir la Junta establecida y creada durante la Dictadura.

Sin embargo no justifica lo referente al Servicio Nacional de Radiodifusión. En cualquier caso el Decreto es taxativo y por tanto queda sin efecto y derogado el Decreto de 26 de Julio de 1929 que creó tal servicio. Además la ley de 18 de Agosto de 1931 confirma tal derogación.

En tal situación no es claro si el Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930, del plan transitorio, seguía siendo aplicable, ya que como vimos, el mismo sólo cobraba sentido respecto del de 26 de Julio de 1929, pues incluso establecía un plan transitorio hasta que se constituyese el Servicio Nacional de

de Radiodifusión y si este se derogaba, también parece que debía perder efectos el de 19 de Diciembre de 1930. Frente a tal creencia se alza el Decreto de 8 de Abril de 1932 que autoriza al Gobierno a sacar a concurso "el suministro e instalación de las Estaciones Radioeléctricas que han de constituir la Red Nacional de Radiodifusión y el arriendo de programas". Nos encontramos pues, con la vieja idea de un Servicio Nacional, si bien el Real Decreto que la estableció fue derogado. Debe tenerse en cuenta que la Constitución de 9 de Diciembre de 1931 en su art. 14 asigna al Estado Español la exclusiva competencia de legislar y ejecutar entre otras materias en (nº 13) "régimen general de comunicaciones, líneas aéreas, correos, telégrafos, cables, submarinos y radiocomunicación"; esa competencia sin embargo no se contempla frente a los particulares sino frente a las regiones autónomas y por eso no indican nada sobre la asunción por el Estado de los Servicios de radiocomunicación. La referencia a la Red Nacional del Decreto de 8 de Abril de 1932 supone el mantenimiento de la idea de un servicio oficial propio al que la Administración no había renunciado nunca, ni siquiera durante el régimen de libertad del Reglamento de 14 de Junio de 1924.

Igualmente la Ley de Bases para la reorganización de los servicios de Telecomunicación no es ajena a la idea de una Red Nacional. Esta Ley de fecha 9 de Marzo de 1932 tiene trascendencia como después veremos pues en su base tercera - hace una importante afirmación:

"Dada la índole Nacional y de Soberanía de los Servicios de Telecomunicación el Gobierno precederá en las condi-

ciones y tiempo posibles a revertir a la función estatal - todas las concesiones que existen actualmente". La trascendencia proviene, como es lógico, de que es la primera norma - con rango legal que puede justificar en alguna medida el monopolio en materia de radiodifusión; pero no puede olvidarse que el artículo único de esta ley autorizaba al Gobierno a reorganizar los servicios de Telecomunicación de acuerdo con una serie de Bases entre las que está la tercera citada y la segunda que incluía la Radiodifusión entre los servicios de Telecomunicación y, por tanto, no era una ley directamente aplicable ni surtía efectos directos, pues debía ser desarrollada por el Gobierno; y por otra parte la índole nacional y de soberanía no la proclama la ley sino que la da por su- puesta. A nuestro juicio dejando al margen el telégrafo, cables, radiotelégrafo, etc. el carácter o índole nacional del Servicio de Radiodifusión sólo podía predicarse de aquellas estaciones que de acuerdo con el plan transitorio habían de constituir la infraestructura de los Servicios de Radiodifusión pero no, por ejemplo, de las emisoras locales o comarcales concedidas al amparo de la Real Orden de 14 de Junio de 1924. Tal interpretación la confirma la propia ley de 10 de Noviembre de 1932, que autorizaba al Gobierno a revisar las concesiones existentes de cara a modificar las condiciones económicas de tales concesiones para que no hubiera perjuicio para el Estado (art. 1.) y en cuyo art. 2 por el contrario, se autoriza al Gobierno para plantear los servicios de Telecomunicación que sean prestados por la Dirección General de Telecomunicaciones". ¿Cómo puede explicarse la contradicción entre ambos artículos?. ¿Cómo en el primero se perpetúa

las concesiones existentes y en el segundo se pretende prescindir de los concesionarios?. A nuestro juicio la única explicación es la dualidad de regímenes a que se ha hecho mención, la Ley se refiere a concesiones, pero esta expresión -- recogía dos realidades diferentes: una de los particulares que gestionaban un servicio estatal; otra la de los que estaban simplemente autorizados.

Esta es también la única explicación que permite comprender cómo un mes mas tarde el Decreto de 8 de Diciembre de 1932 faculta a la Dirección General de Telecomunicaciones para autorizar la instalación de estaciones radiodifusoras de pequeña potencia y de carácter local, autorización que -- se hacia sin concurso previo, sino directamente a solicitud de los particulares.

Antes de volver sobre éste último Decreto queremos indicar que la Ley de 9 de Marzo de 1932 fue derogada por la Ley de 29 de Diciembre de 1934 por lo que, al analizar esta, se profundizará en el sentido de la Base tercera.

Respecto del Decreto de 8 de ~~D~~iciembre de 1932 el mismo reviste gran importancia por constituir la norma básica de las estaciones locales y por establecer la participación del Estado del 20% en los ingresos por publicidad. La limitación que el mismo contenía en el sentido de que sólo podía instalarse una estación en cada localidad, fue pronto matizada por el Decreto de 10 de Enero de 1934 y Orden de 9 de Mayo de -- 1934, el primero señalaba una distancia mínima entre emisoras

de 30 Kilometros aunque admitía estaciones más próximas si se demostraba que no producía perturbaciones, la segunda las admitía a cualquier distancia siempre que el campo eléctrico de la que se pretendiese establecer fuera 100 veces menor que el de la ya establecida en condiciones normales de funcionamiento.

3.3.- La Consolidación de la Radiodifusión en España.

Tras los titubeos y contradicciones en las normas que aparecieron en los 3 primeros años de la República y que en parte se debían a la complicada situación anterior en esta materia, la ley del Servicio de Radiodifusión Nacional (21) viene a ordenar con rango suficiente toda esta actividad prolongando su vigencia hasta nuestros días. Las discusiones parlamentarias fueron ásperas en lo que se refiere al artículo 1º del proyecto por entender los Diputados Catalanistas que no quedaba suficientemente claro el respeto a los Derechos de la Generalidad reconocidos en la Constitución; a su iniciativa se debe la inclusión del 2º párrafo del artículo 1º sobre el tema.

La ley configura el sentido de Radiodifusión Nacional como una función esencial y privativa del Estado (artículo 1); nos encontramos así con la primera ley que con rango suficiente parece sustraer la actividad radiodifusora nacional del ámbito de los derechos de los particulares por razones que --

(21) Sobre la validez actual de esta ley véase Jose L. Villar Palasí. Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas. pág. 354.

atañen a la satisfacción de un interés público y necesidad general, al configurarlo como una función privativa. Ahora bien, ¿Cuál es el alcance de esa función esencial y privativa?: El Servicio de Radiodifusión Nacional evidentemente, y por tanto, sólo la función Radiodifusora destinada a cubrir el ámbito Nacional. Así la Ley de 26 de Junio de 1934 deja subsistentes las emisoras existentes de carácter local y las demás (art. 4º) en las cuales siguen actuando los particulares.

Esta interpretación de la Ley por otra parte no sólo se desprende del análisis de su articulado sino de la propia intención del legislador. En efecto, además de la enmienda al artículo 1º de los Diputados catalanistas, que triunfó, se presentaron otra serie de enmiendas que recalcaban la distinción entre la radiodifusión nacional y la local y las funciones privativas respecto de la primera y de simple policía en los segundos. Así la enmienda del Sr. Tomás Piera, que -- fué rechazada: por no presentarse su proponente a defenderla decía:

"Al Artículo 1º.

Los Diputados que suscriben tienen el honor de someter a la consideración de la Cámara la siguiente enmienda al dictamen de la Comisión de Comunicaciones sobre el proyecto de ley de Reorganización de radiodifusión en España.

El art. 1º quedará redactado así:

"Se considera como servicio de Radiodifusión toda transmisión de sonidos o imágenes, o ambas conjuntamente, emanada de un aparato transmisor con destino a ser recogida por el público en general.

El Servicio de Radiodifusión así definido se compone de dos funciones esencialmente diferenciadas: el servicio técnico, que comprende las estaciones transmisoras propiamente dichas y su entretenimiento y el servicio de programas que comprende la materia radiada y los elementos necesarios para servir ésta a las estaciones transmisoras.

Por sus características técnicas y por el público a que se destinan, los servicios de Radiodifusión se dividen en cuatro categorías:

- a) Servicio de Radiodifusión Nacional.
- b) Idem. Internacional.
- c) idem. Regional.
- d) Idem. Local.

El primero es el que emana de un transmisor central de onda larga para cubrir en las mejores condiciones posibles el territorio nacional.

El segundo es el que emana de uno o más transmisores de onda extracorta adecuado para cubrir territorios extranjeros.

El tercero es el que emana de un transmisor de onda media adecuado para cubrir una región o zona del país .

El cuarto es el que emana de un transmisor de potencia limitada adecuado para servir una localidad alejada mas de 80 kilómetros de una emisora nacional o regional.

Los servicios a) y b) son atribución del Estado y la materia radiada servirá preferentemente fines de Gobierno (de orden público de publicidad oficial, de cultura, de pedagogia, de agricultura, sociales, etc.)

Los servicios c) y d) serán estimulados y coordinados por el Estado, reservándose siempre el Gobierno sus facultades en orden a los fines señalados en el párrafo anterior, y la materia radiada, será además, recreativa, informativa y comercial".

Palacio de Congreso, 31 de Mayo de 1934.- José Tomás Pie .
ra. Manuel Serra Moret.- José Antonio Trabal.- Juan Ferret.-
Daniel Mangrané.- José Mascort.- Franscisco Señal."

Igualmente la del Sr. Ruano:

Enmienda "el art. 1º quedará redactado en la siguiente forma:

"Artículo 1º.- El servicio de Radiodifusión en general se considerara dividido, según la importancia que al interés general se refiere en dos categorías.

A) Servicio de radiodifusión nacional e internacional.

B) Servicio de interés local y potencia limitada.

El servicio A) de radiodifusión nacional e internacional corresponde exclusivamente al Estado el que lo desarrollará estableciendo las estaciones radioemisoras que admita el número de frecuencias reservadas o que se reservan a España en el régimen internacional para el mismo, hasta que quede completamente atendida toda el área nacional estableciendo como mínimo dos estaciones por año a partir de la promulgación de la presente Ley. El suministro y montaje de estas emisoras se realizará por concurso y con arreglo a los preceptos de la Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública.

En el servicio B) de interés local y potencia limitada, el Estado ejercerá funciones de coordinación e inspección, así como dictará las leyes pertinentes sobre el mismo dejando a -- salvo lo que a las regiones autónomas concierne con arreglo a la Constitución y sus respectivos Estatutos. A este respecto, la Constitución establece en su artículo 15 apartado número 13, que "corresponde a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, de los servicios de Radiodifusión" y el número 11 del artículo 15, del Estatuto de Cataluña determina que "la Generalidad ejecutará la legislación del Estado en el servicio de Radiodifusión, salvo el derecho del Estado a coordinar los medios de comunicación en todo el país. El estado podrá instalar servicios propios de radiodifusión y ejercerá la inspección de los que funcionen por concesión de la Generalidad".

Palacio de las Cortes, 6 de Junio de 1964.- Angel Fernandez Ruano.- José Moreno Torres.- Laureano Fernandez Martos. Juan de Contreras.- Luis Zafortera.- Rafael Aizpun.- Firma ilegible."

/ En el diario de sesiones se recogen las manifestaciones de la Comisión encargada de defender el proyecto frente a "la enmienda del Sr. Fernandez Ruano Firmada también por algún -- miembro de la Comisión, viene a aclarar la cuestión que aquí se ha debatido de distinguir el proyecto de Radiodifusión nacional y la radiodifusión local servida por estaciones de potencia limitada. En este sentido entiende la Comisión que este art. 1º redactado como acabamos de oír, aclara precisamente el punto álgido, -pudieramos decir así- de la cuestión que debatimos.

Hechas estas manifestaciones, recogidas en el Diario de Sesiones, reveladoras del espíritu de la Comisión, como la admisión de esta enmienda al art. 1º significaría, tal vez, - que los firmantes de la enmienda del Sr. Sola Cañizares, que representaban una fórmula de concordia, se creyeran defraudados, puesto que el art. 1º al cual ellos formularon su enmienda, estaba redactado en una fórmula determinada, que habría que variar ya que esto envuelve una nueva redacción, yo rogaría al Sr. Fernandez Ruano, primer firmante de la enmienda, que, hechas estas manifestaciones -repito-, en las cuales está contenido el espíritu de la Comisión, y como esta entiende realmente que hay dos servicios específicos: el de Radiodifusión nacional, no internacional y el servicio de Radiodifusión local servido por estaciones de potencia limitada, se di nara retirar la enmienda."(22)

Por cierto que ésta enmienda del Sr. Fernandez Ruano fué retirada por su autor a solicitud de la Comisión por las afirmaciones que ésta hizo de coincidir el proyecto debatido

con la enmienda del Sr. Fernandez Ruano (22).

De todo ello se deduce que el Servicio de Radiodifusión Nacional es algo distinto del local o del regional y por tanto el carácter esencial y privativo solo es propio del servicio nacional y no de los demás. El problema parece claro: el servicio de Radiodifusión nacional es esencial y privativo del Estado, pero no el regional o local; ¿en que situación quedaban estos?. La Ley lo aclara en su artículo 4º: las emisoras de carácter local seguirán con el mismo régimen que disfrutaban en la actualidad; en cuanto al resto, el mismo artículo mantiene en vigor el régimen de las emisoras existentes y a medida que sus concesiones fuesen caducando, si esto ocurría antes de abrirse las estaciones de la red del Estado; serán objeto en cada caso de acuerdo especial.

La situación de los particulares en orden a la Radiodifusión, aparte de su actuación respecto a los programas de la red del Estado de que luego se hablará, queda regulada en este artículo lo que exige sin embargo algunas precisiones: En primer término las emisoras de carácter local venían funcionando al amparo del Decreto de 8 de Diciembre de 1932; este Decreto no usaba con precisión los términos autorización y -- concesión (23) de tal forma que para saber si existía un dere

(22) En el diario de Sesiones correspondientes al año 1934 nº y pág. 3639 aparece los argumentos de la comisión expuestos por el Sr. Montes López de la Torre quien se expreso de esta manera

(23) Como es sabido tal imprecisión es por otra parte frecuente en el Ordenamiento; para un intento de precisión véase J. Luis Villar Palasí: Voz Concesión (Enciclopedia Juridica Seix) y la intervención pág. 303 con la cita que allí hace a Sandulli: "Nazioni in provvedimanti autorizzativi. Riv. Trim. Dir. Public 1957.

cho de los particulares al ejercicio de actividad Radiodifusora había que acudir a criterios extraños al contenido del propio Decreto, como eran los Derechos Constitucionales de los Españoles o la existencia legal y válida de un monopolio del Estado; pues bien, ¿debe entenderse que la remisión del art. 4º de la Ley al régimen de que disfrutaban estas emisoras locales supone una legalización del monopolio, una sanción de los defectos de que adoleciera su creación? A nuestro juicio no, pues ese régimen sería el que resultase de las normas válidas anteriores y de esas normas no podía deducirse la existencia de monopolio en materia de radiodifusión; otra cosa sería si la ley se hubiese referido, nominatim a la Ley de 1903 o al Real Decreto de 27 de Febrero de 1923, pues en tal caso por muchos defectos que estas normas tuvieran su contenido que daba automáticamente legalizado. En segundo término, el art. 4º párrafo 1º. se refiere a las demás emisoras existentes, esto es, a las no locales; para ellas la ley prevé la continuación del mismo régimen y el establecimiento de un acuerdo especial a medida que caduca; en si esto ocurría antes de abrirse la Red del Estado; por su parte el art. 75 del Reglamento del 22 de Noviembre de 1935 sujeta a estas emisoras al régimen establecido en las disposiciones que regulan su funcionamiento y a las que en lo sucesivo se dicten? ¿qué disposiciones eran estas? no podían ser otras que el Decreto de 8 de Diciembre de 1932, el Reglamento de 14 de Junio de 1924 y el Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930, estableciendo el plan transitorio. Esta última -- regulaba, no solo las estaciones que a su amparo se concediesen, sino también la situación de las anteriores. Las del Plan transitorio, tendrían una duración máxima de 10 años sin que estuviera prevista su prórroga caducando además al adjudicarse el concurso para el servicio nacional. Las del Reglamento del 24,

que eran de libre instalación y prorrogables, continuaban con su mismo régimen salvo que al instalarse una emisora del plan transitorio en la localidad se aplicase la disposición adicional del Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930, en cuyo caso continuaría bajo el mismo régimen, si bien radiando en onda común o subsidiariamente de las del Plan o cambiando su localización si se suspendían las emisiones.

Este es el régimen existente cuando se publica la ley de Radiodifusión, la cual, por cierto, no prohíbe la concesión de este tipo de emisoras, sino que "su régimen" se mantendría en vigor y a medida que caducasen serían objeto de acuerdo especial si ello ocurría antes de abrirse las estaciones de la red del Estado. El artículo 4º se está refiriendo a su régimen jurídico, no a la posibilidad o no de concesión a los particulares; lo que confunde sin embargo es la referencia al acuerdo especial solo si no se instalaban las emisoras de la Red del Estado, pues de ahí parece deducirse que si las de la Red se instalaban ya no serían objeto de tal acuerdo; en realidad lo que ocurre es que las estaciones concedidas al amparo del Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930 lo eran sin posibilidad de prórroga y por eso su base décima recoge entre las causas de extinción el cumplimiento del plazo; por otra parte este tipo de estaciones fueron las primeras que se hicieron pensando en el futuro servicio Nacional; por eso la Ley de 1934 preve, para no dejar sin servicio a los usuarios, que si caducaban antes de instalarse una nueva estación serían objeto de acuerdo especial refiriéndose a estas estaciones; pero eso no afecta a las estaciones del Reglamento de 14 de Junio de 1924 pues "las concesiones de esta categoría caducarán.... en los casos siguien-

tes:..... b) cuando finalice el plazo de la concesión sin haber obtenido prórroga...." Como se ve, el mero transcurso del plazo no suponía caducidad de la concesión pues para que esta se produjera hacía falta otro requisito: el no haber obtenido prórroga. De ahí que el artículo 4 de la ley de radiodifusión de 26 de Junio de 1934 entendamos se refiere a las concesiones del Plan transitorio cuando habla de acuerdo especial y no prohibe para el futuro la concesión de emisoras no locales, sino que pretende evitar que la improrrogabilidad de las emisoras del Plan transitorio pueda dejar sin servicio a los usuarios; por eso también el Reglamento de 1935 y el propio Decreto de 26 de Julio de 1934 se refieren a "las disposiciones por las que actualmente se rigen" dejándolas subsistentes; esas disposiciones básicamente habían de ser el Reglamento de 1924 y el Plan transitorio de 1930 pues de acuerdo con ellas se habían hecho las concesiones existentes.

¿Cómo se compagina todo lo expuesto con el Decreto de 26 de Julio de 1934 que ordena la convocatoria del concurso para suministro e instalación de las emisoras de la Red Nacional que en su art. 5 establece el cese de las emisoras particulares de Radiodifusión que no pertenecen a la Red Nacional, cuando la Dirección General de Telecomunicación establezca una emisora que sirva a la zona?. Para empezar, el art. 2º de la Ley de 26 de Junio de 1934 prohibía la concesión y venta de las estaciones del Servicio de Radiodifusión Nacional que eran de propiedad del Estado; por tanto, carecía de sentido que el Decreto de 26 de Julio de 1934 se refiera a "las estaciones particulares que pertenezcan a la Red Nacional del Estado" pues es

imposible que los particulares puedan detentar estaciones de esa Red. Pero es que además, si bien las emisoras del plan -- transitorio caducaban, además de por el transcurso del plazo, por la adjudicación del concurso del Servicio Nacional de Radiodifusión (que por otra parte al haberse derogado el Decreto que lo estableció hacía imposible el cumplimiento de esta causa salvo que se entienda que el servicio de Radiodifusión Nacional había sustituido al Servicio Nacional de Radiodifusión, lo que es más que dudoso), sin embargo las del Reglamento de 14 de Junio de 1924 no tenían esa causa de caducidad y, en el peor de los casos, la Disposición Adicional del Real Decreto de 19 de Diciembre de 1930 del Plan transitorio, había previsto la concesión de indemnizaciones, en el caso de que no fuera posible compatibilizar las estaciones anteriores y las del Plan y además un derecho preferente a la instalación en las áreas que no fuesen de buen servicio de las emisoras del Plan transitorio. Como se ve el Decreto de 19 de Diciembre de 1930, era consciente de que, respecto a las emisoras anteriores, no podían dejarse sin efecto las concesiones sino en último extremo y mediante indemnización y trato preferente (24). El Decreto de 26 de Julio de 1934 no tiene en cuenta esto y establece el cese de las emisoras sin más. A nuestro juicio tal disposición no podía modificar la situación de las concesiones amparadas en el Reglamento de 14 de Junio de 1924, aunque es más dudoso que sucediera lo mismo con lo del Plan transitorio; pues aunque el Servicio Nacional de Radiodifusión cuya adjudicación era -- causa de caducidad, había sido abolido, podía entenderse que tal servicio había sido sustituido por el servicio de Radiodifusión Nacional y que, por tanto, el establecimiento de emisoras

(24) La indemnización se fundaba en que para estas emisoras existía un derecho anterior de funcionamiento que no tenía limita-
.../...

de su Red suponía la presencia de la causa de caducidad prevista. Por ello entendemos que el cese que ordena el artículo 5º que comentamos sólo podía surtir efectos, y ello con las reservas apuntadas, respecto de aquellas estaciones cuya concesión contuviera como causa de caducidad el establecimiento de una emisora de servicio público; en definitiva, respecto de las estaciones del Plan transitorio de 19 de Diciembre de 1930 no afectando por el contrario a las emisoras locales y a las demás del Reglamento de 14 de Junio de 1924 en cuyas concesiones y disposiciones no figuraba tal causa de extinción.

Debe señalarse por último, que el artículo sexto del Decreto de 26 de Julio de 1934 desarrolla las condiciones del acuerdo especial a que se refería el art. 4 de la Ley de 26 de Junio de 1934. En definitiva tales emisoras continuarían con su peculiar régimen jurídico salvo a efectos "tributarios" en que su régimen sería semejante a las emisoras locales.

Hemos visto la posición de los particulares en materia radiodifusora de acuerdo con la ley de 1934 en los supuestos de concesión a que se refiere su art. 4, pero la mencionada Ley preveía también el arriendo de los programas a Entidades Nacionales en su art. 2 si bien, en la dicción del artículo no quedaba claro si el arriendo era obligatorio o facultativo; en cualquier caso el Reglamento aprobado por Decreto de 22 de Noviembre de 1935 estableció en su artículo 69 que la explotación de servicio de programas y demás material radiable "será" encomendada mediante concurso y previos los informes del Minis

.... ción cfr. Jose L. Villar Palasí: La intervención administrativa... págs. 243 y 244.

terio de Instrucción Pública y Bellas Artes, de la Junta Nacional de Radiodifusión y de la correspondiente regional a Empresas concesionarias españolas que estaban obligadas a dar la máxima flexibilidad al servicio. Por otra parte el art. 6 del mismo reglamento reafirmaba esta idea de que la realización de programas se arrendaría mediante concurso a Empresas nacionales. Este arriendo de programas no suponía concesión ninguna de las estaciones emisoras pues el art. 2º de la ley de 26 de Junio de 1934 expresamente había prohibido la venta de concesión de las estaciones del Servicio de Radiodifusión Nacional lo que marcaba claramente las diferencias entre este servicio y el local y Regional.

En definitiva la situación tras la ley y su reglamento era la siguiente:

- 1º.- La Radiodifusión Nacional es un servicio esencial y privativo del Estado y para satisfacerlo se establecerían las emisoras necesarias. Estas estaciones serían propiedad del Estado y no podrían conceerse ni venderse. Sus programas serían arrendados a entidades españolas que los harían bajo las orientaciones y el control de una Junta Nacional de Radiodifusión y Juntas regionales.
- 2º.- Las estaciones de pequeña potencia no forman parte de este servicio ni las emisoras son propiedad del Estado. Se regulan por Decreto de 8 de Diciembre de 1932 y en virtud del Decreto de 26 de Julio de 1934 no se otorgarían más concesiones. (25)

(25) Precisamente como indica Villar Palasí en "La intervención pág. 254, el Decreto de 14 de Noviembre de 1952 operaría una "conversión Tituli" sobre estas emisoras.

3º.- Las demás estaciones particulares quedaban en una situación mas complicada.

- a) Las concedidas al amparo del Plan transitorio seguían con su régimen peculiar y al instalarse las de la red nacional automáticamente caducaban. Pero si el plazo de la concesión terminase antes de la instalación de una emisora de la Red Nacional entonces podría seguir funcionando mediante acuerdo especial.
- b) Las concedidas al amparo del Reglamento de 14 de Junio de 1924 seguirían con su régimen hasta su caducidad - pero como el mero cumplimiento del plazo no era causa de caducidad cuando se obtenía la prórroga quiere decir que eran prorrogables, salvo que en aplicación de la Disposición Adicional de Plan transitorio se suspendiesen sus emisiones, con preferencia en la instalación en otras zonas.

Para terminar con las normas estudiadas debemos señalar que la Ley de 26 de Junio de 1934 y su reglamento son aplicables a la Televisión (26) y constituyen así la única normativa general aplicables a este moderno medio de Telecomunicación. En efecto, el artículo 1 del Reglamento de 22 de Noviembre de 1935 se refiere a la Radiodifusión como comprensiva de la de sonidos e imágenes en tanto que la Ley de 26 de Junio de 1934 hablaba de Radiodifusión sin más; sin embargo el concepto de

(26) Cfr. en el mismo sentido Luis Ezcurra. Revue de L'U.E.R. vol. XXIV nº 1 pág. 46.

Radiodifusión estaba ya suficientemente perfilado en la - fecha de la ley pues en el Convenio de Radiotelecomunicaciones de Madrid, celebrado en 1932 y suscrito por España se definía la Radiodifusión en su doble sentido de radiofonía y televisión; por cierto que este convenio fue sometido a la aprobación de las Cortes y aprobado en las mismas fechas de la Ley de Radiodifusión de 26 de Junio de 1934. Por consiguiente las disposiciones del Reglamento de Noviembre de 1935 son aplicables y constituyen así la única norma básica en la materia existente hasta la fecha.

Llegados a este punto es necesario volver sobre un tema al que más arriba ya se ha hecho referencia; nos referimos a la Ley de Bases de 9 de Marzo de 1932, y a la Ley de 29 de Diciembre de 1934; la Ley ultimamente reseñada derogó la de 9 de Marzo de 1932 pero en su artículo sexto reafirma el carácter nacional y soberano de los servicios de Telecomunicación en la forma siguiente:

"dada la índole nacional y de soberanía de los servicios de Telecomunicación el Gobierno procederá en las condiciones y tiempo posibles a revertir a la función estatal todas las concesiones que existan actualmente".

El artículo 5 anterior comprende entre los servicios de Telecomunicación, los de Radiodifusión y Televisión, entre otros así como aquellos de comunicación a distancia que en los sucesivos se establezcan.

Los preceptos transcritos parecen romper la línea marcada en la Ley de Radiodifusión de unos meses antes y desde -

luego tampoco concuerdan con el Reglamento de Noviembre de 1935. En primer lugar debe señalarse que la Ley de 29 de Diciembre de 1934, que reproduce casi literalmente algunos de los artículos de la de Bases del 9 de Marzo de 1932 sí es una ley directamente aplicable a diferencia de lo que ocurría con esta última. En segundo lugar la Ley se refiere a todos los servicios de Telecomunicación de características muy dispares. En tercer lugar la ley es un reflejo de una antigua aspiración del personal de Correos y Telecomunicaciones de atender directamente los servicios. Ahora bien, lo que extraña en esta Ley es el cambio que supone, por lo que a la Radiodifusión respecta, en cuanto a la participación de los particulares en la actividad radiodifusora si se entiende en forma extensiva el precepto. Sin embargo debe entenderse correctamente: el art. 6 habla en primer lugar de "servicios de Telecomunicación" y en lo que se relaciona con la radiodifusión únicamente se había configurado como "servicio" el de Radiodifusión Nacional, y antes, el Servicio Nacional de Radiodifusión, y como ya vimos junto a ellos actuaban particulares que no actuaban un servicio público propiamente dicho; el artículo 6 al referirse a las concesiones existentes lo que quiere decir es que no se admitiría en lo sucesivo la figura de un concesionario de esos servicios públicos, de la misma forma que la ley de Radiodifusión de 1934 en su artículo 2 establece - que las emisoras del servicio de Radiodifusión Nacional no podrían ser objeto de concesión alguna; lo que ocurre es que la actividad radiodifusora sólo estaba monopolizada en parte y por tanto sólo en parte constituía un servicio nacional de Radiodifusión que es función esencial y privativa del Estado;

carácter esencial o privativo del que hasta ahora solo hemos considerado sus efectos frente a la libertad de los particulares pero que en la dinámica de la ley de 25 de Junio de 1934 tiene otra interpretación mas amplia que no impediría la actividad de estos; en efecto, la ley parece que está -- resolviendo las tensiones entre las competencias del Estado y de las regiones autónomas ya manifestada en la constitución de la república arts. 14 y 15, y esta resolución se logra -- afirmando el carácter esencial y privativo de la Radiodifusión Nacional como servicio del Estado frente a las regiones autónomas pero no frente a los particulares; lo esencial y privativo del Estado, se proclama frente a las competencias que a las regiones autónomas atribuía el art. 15 nº 13 ("Servicios de aviación y radiodifusión") de la Constitución de la República; el monopolio de que antes hemos hablado se refería entonces a la exclusiva competencia del Estado para la radiodifusión nacional frente a las competencias de las regiones autónomas, pero no significaba que ese servicio Nacional que sólo podría ejercitar el Estado no pudiese concurrir con la actividad de los particulares.

En cualquier caso y volviendo a la Ley de 29 de diciebre de 1934 la Reversión a la función estatal se refiere en todo caso a "servicios" y no a la actividad autorizada de los particulares y el apoyo en el carácter nacional y de soberanía de esos servicios está apuntando al problema de las competencias de las regiones autónomas en la ejecución en materia de comunicaciones (art. 15 nº 6 y 13) por una parte y por

otra a la prestación de los servicios por medio de concesionarios pero no supone una consagración a nivel de Ley de un monopolio total en materia de comunicaciones pues no crea ni establece tal monopolio sino que parte de una situación ya -- "dada".

En apoyo de ésta interpretación del artículo sexto, como refiriendose a "servicios" en sentido jurídico está el propio artículo 5 cuando enumera cuáles son los servicios de Telecomunicación a que se refiere la ley y termina la enumeración diciendo " y todo aquellos de comunicación o transmisión a distancia establecidos o que en lo sucesivo se establezcan;" si la expresión servicio se emplease en el sentido de actividad se hubiera hecho referencia a los "inventados o que en lo sucesivo se inventen" como hizo el Real Decreto de 24 de Enero de 1908, la utilización del verbo "establecer" indica el sentido jurídico del término servicio y justifica la interpretación que se ha hecho.

B) El régimen jurídico de la radiodifusión en el nuevo estado hasta la creación del Ministerio de Información y Turismo.

La iniciación de nuestra guerra civil supuso en primer término por disposición del Bando de 28 de Julio de 1936 que declaraba, el Estado de Guerra, la suspensión del funcionamiento de estaciones radioemisoras particulares de onda corta o extracorta, pero, salvo las circunstancias de la guerra el régimen jurídico seguía manteniéndose. La Circular de 18 de Diciembre de 1936 de la Presidencia de la Junta Técnica del Estado exige para poder funcionar las emisoras, la obtención de

una autorización de la Comisión de Obras Públicas y Comunicaciones. Se especifica que las autorizaciones que se den no suponen derecho alguno que pueda en su día perturbar la implantación del Plan Nacional de Radiodifusión. La guerra interrumpe así la creación de la red prevista en la ley de 1934

La Orden de 25 de Diciembre de 1936 sobre licencias de aparatos de radiorecepción deja subsistentes todas las disposiciones anteriores en lo que no se oponga a la misma y así se remite en esta materia a la Orden de 5 de Diciembre de 1934 y Orden de 13 de Mayo de 1935, por tanto, el régimen legal no se rompe salvo en aquellos puntos que sean contrarios a la esencia del propio estado, como la propaganda política. (27). Sin embargo, la situación es algo confusa durante todo este periodo pues incluso se piensa que la ley de 26 de Junio de 1934 había quedado derogada por oposición a las normas fundamentales del nuevo régimen que acaba con la generalidad y con los partidos políticos a los que expresamente se refería la ley del 34; será más tarde cuando se reconozca la subsistencia de esta ley por interpretación administrativa del Decreto 14 de Noviembre de 1952 como se verá después. Al amparo de esta confusión, se otorgaran algunas licencias a emisoras por Autoridades Militares.

(27) Vid. M. Martín Mateo. "Ordenación del Sector Público en España". Ediciones civitas pag. 535 y más extensamente Rivero Isern. "Consideraciones en torno a la Radiodifusión" pag. 85.

En un primer momento y hasta la Ley de 30 de Enero de 1938 la radiodifusión esta encuadrada en la Comisión de Obras Públicas y comunicaciones, si bien el Decreto de 13 de enero de 1937 de la Junta de Estado creada por Ley de 1 de Octubre de 1936, atribuye a la delegación de Prensa y Propaganda que se crea bajo la dependencia de la Secretaría General del Jefe del Estado la coordinación de los servicios de las estaciones de radio para dar a conocer en España y en el extranjero "el carácter del movimiento Nacional, sus noticias y sus obras". Parece pues, que al menos, en cuanto a la propaganda, la competencia se traspasa a esta Delegación. Esta confusión entre las competencias sobre propaganda y Radiodifusión^y entre la radiodifusión como instrumento técnico y los contenidos radio-difundidos subsistirá hasta 1944.

La Ley de 30 de Enero de 1938 organiza la Administración Central e incluye dentro del Ministerio de Orden Público los Servicios de Telecomunicación y dentro del Ministerio del Interior los de Propaganda. La Ley de 29 de Diciembre de 1938 hace un solo Ministerio de ambos, Ministerio de la Gobernación pero mantiene dentro de la Subsecretaría de Orden Público del Ministerio los Servicios de Telecomunicación y dentro de la Subsecretaría de Prensa y Propaganda del mismo los de propaganda.

La Subsecretaría de Orden Público por Orden de 21 de Febrero de 1939 da normas sobre licencias de receptores en tanto que la orden de 6 de octubre de 1939 de Ministerio de Gobernación en su disposición 3ª atribuye competencia a la Dirección General de Propaganda para fijar las horas en que la emisoras comerciales conectarían con Radio Nacional.

Por tanto la competencia técnica, administrativa y recaudatoria pertenece a un Organó en tanto que la competencia sobre el contenido de los programas pertenece a otro, aunque sea del mismo Ministerio; como se ve, continua la separación entre lo técnico-administrativo y lo que podríamos llamar político.

Por su parte la ley de 20 de Mayo de 1941 al transferir a la Vicesecretaría de Educación Popular de F.E.T. y J.O.N.S. todos los servicios y organismos competentes en materia de prensa y propaganda que antes dependían del Ministerio de la Gobernación sigue maneniendo la dualidad de regímenes y confusa la competencia. Así lo reconoce el Decreto de 4 de Agosto de 1944 en su preámbulo (28) y en su parte dispositiva al ordenar su Disposición transitoria que "en el plazo de un mes a partir de la publicación de este Decreto, el Ministerio de la Gobernación traspasara a la Vicesecretaría de Educación Popular aquellos servicios de los comprendidos en el mismo que al presente le estuviesen confiados así como - los de carácter fiscal que atiende por delegación del Ministerio de Hacienda".

(28) Dice textualmente el preámbulo "Por otra parte la realidad de los hechos presenta este servicio de Radiodifusión perfectamente delimitado y del todo distinto del servicio de Radiocomunicación propiamente dicho ya que este va encaminado a producir comunicaciones individualizadas en tanto que aquel tiene por finalidad la producción de emisoras destinadas mediata o inmediatamente al público en general. Aprovechando la experiencia adquirida en los últimos años y con objeto de evitar conflictos de atribuciones entre los organismos estatales a los que están encomendados unos y otros servicios, hacese necesario definir con claridad lo que se entiende por Radiodifusión.. "El problema no era distinguir entre unos y otros servicios sino reunificar los aspectos financieros y técnicos con los políticos que en la realidad estaban dispersos como la prueba la disposición transitoria del mismo Decreto.

Todo ello en cumplimiento de su art. 2: "Todas cuestiones relativas a la Radiodifusión, ya se refieran a sus aspectos político, jurídico, técnico, económico o administrativo serán de la competencia de la Vicesecretaría de Educación popular", definiendo lo que debe entenderse por Radiodifusión en su artículo primero como la producción de emisiones radioeléctricas destinadas mediata o inmediatamente al público en general o bien a un sector del mismo con fines políticos, religiosos culturales, educativos, artísticos, informativos, de mero recreo y publicitarios", nada dice la definición sobre el carácter sonoro o visual de las ondas radioeléctricas.

El Decreto Ley de 27 de Julio de 1945 transfiere las competencias de la Vicesecretaría a la Subsecretaría de Educación Popular incardinada en el Ministerio de Educación Nacional en el que van a permanecer los servicios hasta la creación del Ministerio de Información y Turismo en que se inicia la nueva etapa y la radio-difusión se divide en Radiodifusión impropia-mente dicha y TV.

4.- El Régimen Jurídico vigente.

Vamos a examinar en éste apartado sucintamente el régimen vigente en materia de Televisión. Las normas sobre radiodifusión en general examinadas hasta ahora son sin embargo importantes por que han de ser la base sobre la que se asientan las normas posteriores. En éste exámen no vamos a entrar sin embargo en aspectos concretos que son objeto de la segunda parte de este trabajo, aquí centramos nuestra atención en el tema fundamental que ha sido el eje de nuestra indagación histórica hasta el momento, es decir, el régimen jurídico básico,

definidor de la respectiva posición del Estado y de los particulares en materia radiodifusora.

A) El Decreto Ley de 19 de Julio de 1951 marca el paso a la actual situación con la creación del Ministerio de Información y Turismo que después organizará el Decreto de 15 de Febrero de 1952; lo más relevante de la nueva organización es sin duda la atribución a la Dirección General de Radiodifusión de competencias para proponer la organización más adecuada de la Televisión; estamos pues ante la primera norma que de modo concreto se enfrenta con el establecimiento de la Televisión en España; sin embargo, ésta norma no nos dice el régimen jurídico básico de la actividad que poco a poco va cobrando independencia respecto a la radiofónica. Esta última se reorganiza por lo que respecta a la Red del Estado por Decreto de 14 de Noviembre de 1952 (29) y para las emisoras del Movimiento por Decreto de 11 de Agosto de 1953. El primero de los Decretos citados es interesante al objeto de nuestro trabajo porque en su preámbulo reconoce la vigencia de la ley de 26 de Junio de 1934 y por tanto la vigencia también del marco legal en que debe moverse toda actividad, naturalmente que los cambios políticos del nuevo régimen impedían la efectividad de alguno de los preceptos de la ley del 34 como los referentes a propaganda política y confesional pero en lo demás la ley seguirá estando vigente.

La actividad del nuevo Ministerio está dirigida en un principio a la puesta a punto de la televisión y hasta 1957 no se dictará la norma que reserve al Estado en exclusiva la actividad Televisiva. En efecto, el Decreto de 3 de Octubre de 1957 que dictó normas de funcionamiento de la Administración

Radiodifusora Española, organismo autónomo previsto en el Decreto de 15 de Febrero de 1952 en su artículo 3 apartado c) reserva a A.R.E. la realización en exclusiva de las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de la televisión nacional y en su apartado b) la realización igualmente en exclusiva de las informaciones de carácter nacional e internacional. Tenemos pues a nivel de Decreto una reserva exclusiva de actividad que ha de encontrar su fundamento en una norma de rango superior que se presupone anterior pero que realmente no aparece. La exclusiva de la actividad, el monopolio por tanto de la misma, pasará a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión cuando el Decreto de 29 de Diciembre de 1960 traspase a esta Dirección las competencias de A.R.E. El Decreto de 11 de Octubre de 1962 confirma ese traspaso pero no el Decreto de 19 de Enero de 1968 que en su artículo 69 atribuye a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión la misión de "estructurar, organizar y cuidar el funcionamiento del servicio público de radiodifusión de sonidos e imágenes en todos sus aspectos....", pero no menciona el carácter exclusivo o no de ese servicio. En el actual Decreto orgánico del Departamento (Decreto 21 de Marzo de 1970) de nuevo se ratifica el carácter exclusivo de las emisiones de televisión y la información nacional e internacional (art. 3) y lo mismo ocurre en el vigente Decreto orgánico del Departamento de 11 de Octubre de 1973.

Pág. anterior (29) El profesor Vilar Palasí en "La intervención administrativa...." pág. 254 señala como este Decreto opero una "conversio titulo" por la que quienes ejercitaban función radio difusora al amparo de títulos diversos quedan en situación de concesionarios.

B) Pero junto a estas normas orgánicas van apareciendo otras del mismo rango reglamentario que van extendiendo calladamente el alcande del pretendido monopolio.

Por una parte la Orden de 12 de Septiembre de 1963 reserva a la Administración en orden a la producción de material no informativo con destino a las emisoras de televisión, facultades de policía mediante la autorización previa y aplicación análoga de las normas sobre censura cinematográfica, en principio la actividad de los particulares no se prohíbe, salvo en lo informativo, sino que se les somete a requisitos de control mediante la necesidad de la previa autorización y posterior comprobación de lo grabado con nueva autorización. Esta Orden, sin duda tendrá importancia a medida que se introduzca en nuestro país el sistema de videocassettes a precios asequibles, sin embargo encontramos una dificultad en la prohibición de grabar programas de carácter informativo que la Orden que comentamos fundamenta en su preámbulo en los Decretos de 3 de Octubre de 1957, 29 de Diciembre de 1960 y 11 de Octubre de 1962, que más arriba hemos comentado y que sin embargo no pueden ser el soporte suficiente de una medida de prohibición a los particulares de una actividad tan íntimamente ligada a la libertad de expresión.

De otro lado también se han dictado otro tipo de normas tendentes a reforzar el monopolio en otros campos. Así la Orden de 13 de marzo de 1970, dictaba normas sobre la distribución de la señal de radiodifusión por cable y en circuito cerrado. En tal disposición se otorga a la Dirección General de Radiodifusión la facultad de reglamentar toda esta materia, así como el otorgamiento de autorizaciones para la distribu-

ción por los particulares de la señal televisiva por cable; pero lo más trascendental de todo esto es que su art. 2 párrafo segundo dispone que en ningún caso serán autorizadas instalaciones de este tipo, destinadas a la "transmisión de señales de Televisión distintas de las emitidas por el Servicio Público de Televisión Española, o la fragmentación o variación de su contenido. De nuevo nos encontramos ante una norma que si bien en lo que respecta a las medidas de policía es válida, en lo que respecta a la prohibición de una concreta actividad, la difusión por los particulares por medio del cable de una señal propia, carece de rango suficiente para ser efectiva, salvo que encuentre alguna norma de rango legal donde apoyarse y que desde luego no pueden ser los Decretos y Ordenes Ministeriales anteriormente citadas. Se trata de normas en el aire que no se justifican a si mismas y que presuponen unas leyes imprecisamente localizadas; ya hemos señalado como la Orden de 12 de Septiembre de 1963 busca apoyo en el Decreto regulador de A.R.E. de 3 de Octubre de 1957 y en los Organismos del Ministerio de Información y Turismo, apoyo a todas luces insuficientes y que no puede sacar de su invalidez a estas normas del mismo modo que quien se hunde en un pantano no puede salir de él tirándose de los pelos. Tiene que haber alguna norma con rango legal que monopolice o prohíba la actividad a los particulares pero esa norma, que no hemos encontrado, esta también olvidada en la conciencia de quienes hicieron estas disposiciones.

Aunque admitamos, como admitimos, el monopolio para la Radiodifusión de ámbito nacional, en base a que el término Radiodifusión de la ley de 26 de junio de 1934 comprende tam-

bien lo que hasta ahora veníamos llamando Televisión y que en realidad es radiotelevisión, ese monopolio se refiere a la transmisión de imágenes y sonidos por medio de ondas hertzianas, y el cable no son las ondas hertzianas sino otra cosa distinta aunque sea muy parecida. El término Radiodifusión de la Ley de 1934, nadie, ni los tratados internacionales ni los físicos, ni los lingüísticos, lo aplican a la transmisión a distancia por medio de impulsos eléctricos a través de cables. Tampoco la vieja ley de 1907 puede justificar ese monopolio como ya se ha señalado. Ante los nuevos problemas y cuestiones que la Técnica hoy plantea se responde con la inercia de la costumbre sin pararse a pensar en el sentido de los términos que se manejan; se traspasa el esquema jurídico que viene funcionando para la Radiodifusión sin pararse a pensar en sus diferencias y en la interpretación restrictiva que ha de hacerse de todo aquello que limite los derechos de los ciudadanos y el ejercicio de sus legítimas libertades. (30)

Piensese en la importancia que éste planteamiento tiene de cara a la concurrencia con el Estado de estaciones de cablevisión de carácter comarcal que desde sus propios estudios y sin emplear para nada las ondas hertzianas transmitiesen sus propios programas o programas previamente grabados en video, etc. Igualmente en las posibilidades de estaciones que por medio de cables difundiesen emisiones que a ellas llegasen de otros países por medio de satélites. Especial importancia cobra el tema si se tiene en cuenta que por medio de cables y utilización de rayos laser el número de canales utilizables es prácticamente ilimitado. ¿Donde queda la limitación de ondas como -

(30) Sobre la Televisión por cable J. Luis Rodríguez Fraguas. Revue de L'UER nº 125. 1971

justificadora del monopolio en este supuesto?. Pues bien, todas estas posibilidades se pretenden cortar de raíz por una simple Orden Ministerial que callada y tal vez inadvertidamente pretende extender el monopolio hasta límites inesperados.

Queda por señalar el Decreto de 21 de Enero de 1971 relativo al visado y autorización previa de material audiovisual susceptible de ser reproducido en la pantalla de un aparato receptor; en realidad esta norma supone una ampliación de la regulación establecida por la Orden de 12 de Septiembre de 1963 con la particularidad de la exigencia de previa inscripción de un Registro que se crea por tal Decreto, o con la técnica del Registro previo, de la autorización previa a la producción de material audiovisual y de nueva autorización para la distribución y venta del material audiovisual directamente reproducible en la pantalla de un receptor individual se controla por razones de policía el uso de las modernas formas de grabación pero lo grave de ello es la prohibición de que por cable y desde un estudio central pueda difundirse la señal Televisiva, pues es evidente que por mucho que se generalice el uso por los particulares del video-casette este nunca podrá sustituir a la Organización de programas desde una estación, menos aun si se tiene en cuenta la prohibición anterior de que este material tenga contenido informativo.

Lo expuesto en los párrafos anteriores muestra la falta de solidez y amparo de las normas que sobre televisión se han dictado desde 1957; ello justifica sobradamente la necesidad de una indagación histórica como la que hasta aquí hemos

realizado dirigida a encontrar en la normativa anterior el cuadro normativo dentro del cual debe moverse la televisión en orden a conocer cuál deba de ser la respectiva posición de los particulares y de la Administración en esta materia. Mas adelante y tras el estudio del Derecho comparado se analizará doctrinalmente el resultado de esta indagación histórica y se sacarán las conclusiones pertinentes que ya han quedado bosquejados en los comentarios que hasta aquí se han venido haciendo.

La tesis que hasta aquí venimos sosteniendo respecto de la cablevisión resulta reforzada por una circunstancia de gran trascendencia para esta forma de difundir las imágenes visuales; nos estamos refiriendo a las competencias que el contrato suscrito por el Estado con la Compañía Telefónica -- atribuye a esta.

En efecto el actual contrato aprobado por Decreto de 31 de Octubre de 1946 dispone en su base B. que:

"El Estado con el propósito de facilitar la utilización más amplia y eficaz de todas las instalaciones y medios que posea la Compañía, autoriza a ésta, con arreglo a los términos y condiciones que se determinen, para establecer cualquiera y toda clase de servicios que sean complementarios o auxiliares a su servicio telefónico, a aquellos que puedan ser proporcionados por alambres o cualquier otro medio principalmente adaptado a la transmisión de señales y comunicaciones y se autoriza también a la Compañía para arrendar medios a y de particulares, asociaciones o entidades para la intercomunicación privada o cualquier otro uso legal, exceptuando los servicios públicos de mensajes telegráficos y respetando, durante su vigencia, las concesiones anteriores al contrato de 29 de Agosto de 1924.

Queda entendido que, en virtud de la autorización de carácter general que precede, la Compañía está facultada para arrendar circuitos a entidades oficiales y particulares con destino al uso de aparatos teletipográficos o cualesquiera otros destinados a la transmisión de señales, así como para que la Compañía pueda utilizar dichos aparatos exclusivamente a los fines de su servicio interior".

Como se ve la autorización a la Compañía para establecer servicios que puedan ser prestados por alambres o medios similares (cable) comprende perfectamente la Televisión, por lo que de entrada tendríamos que en materia de cablevisión existe ya una autorización a la C.T.N.E. para que ejerza esa actividad por sí, ó por medio de su contrato con otra persona o entidad. Al margen de esta posibilidad cabe también que la C. T.N.E. concierte con particulares contratos de arrendamiento de instalaciones para la difusión de Televisión o Radiofonía. El caso del Hilo Musical es suficientemente ilustrativo al respecto (31).

En relación con la Televisión tal posibilidad está contemplada expresamente en el artículo 26 del Reglamento aprobado el 29 de Agosto de 1929 cuando dice:

"La Compañía Telefónica Nacional de España está facultada en armonía con lo previsto en la base 13, para establecer entre los servicios por alambre la Televisión, transmisión - gráfica de cheques, firmas de documentos, etc."

(31) Vid. sobre la Naturaleza del Contrato con la Telefónica "Régimen Jurídico Administrativo del Servicio Público Telefónico" Juan Luis de la Vallina Velarde; igualmente Aurelio Guaita "Derecho Administrativo especial" pág. 226. Tomo IV.

Estas disposiciones del contrato y reglamento no han sido desvirtuadas por la normativa posterior, tenga o no rango de ley, ya que como señala el profesor Villar Palasí, aunque con las naturales reservas, se trata de una "ley pactada o para protección".

No podrán ser modificadas unilateralmente las bases del presente contrato, ni aplicarse, en contradicción con el mismo, las leyes o disposiciones de carácter general, o particular dictadas por el Estado o las Corporaciones del carácter público".

Nos encontramos por tanto con que la difusión de la señal de Televisión por cable le está autorizada a la Compañía Telefónica Nacional de España bien para que la difunda por sí, o bien para que arriende sus instalaciones a particulares.

Esta reserva a favor de la Compañía planteó ya en su día algunos problemas con motivo de la Orden Ministerial de 5 de Diciembre de 1934 que prohibía a los particulares utilizar los circuitos de la Compañía para establecer un servicio de radiodifusión a domicilio.

La Compañía Telefónica interpuso recurso contra esta Orden que resolvió el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de Mayo de 1941 sin entrar en el fondo del asunto por entender que, de acuerdo con la regulación entonces vigente, tratándose de una norma, no era susceptible de revisión sin perjuicio de atacar los actos de aplicación a la misma si se producían. -

Pese a no entrar en el fondo del asunto la Sentencia no ignora los derechos de la Compañía y así expone en sus considerandos 4 y 5.

CONSIDERANDO: Que es elemental la distinción entre las disposiciones administrativas y las resoluciones de la misma índole, en el sentido de que las primeras no son susceptibles de revisión en ésta vía hasta que por aplicación al caso concreto dan lugar a una resolución que vulnere un derecho administrativo preexistente, y no cabe argüir en contra de esta doctrina en el caso actual ^{que} la disposición es concreta y específica por referirse de un modo expreso a la Compañía Telefónica, porque, aun siendo así, carece de eficacia en tanto no se aplique a un concesionario que pretenda arrendar los medios de la compañía para utilizar sus concesiones, pues, en tanto no se otorgue la concesión, la referida prohibición no surte ningún efecto y sería absurdo revisar lo que no es de momento sino una previsión del Poder Público referida a una situación futura y contingente, puesto que se ignora si ha de llegar o no a producirse.

CONSIDERANDO: Que, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia, esta jurisdicción no se halla establecida para preveer posibles y futuros agravios, sino para remediar los consumados y por ello, solamente cuando la aplicación de la disposición que, por otra parte, la compañía no ha consentido, vulnere su pretendido derecho, es cuando podrá la jurisdicción, si no hay otro motivo que lo impida examinar el fondo de la cuestión interpretando la base 13 del contrato y el art. 27 del Reglamento para cuyo examen carece en el momento

actual de competencia.

Los Decretos que comentamos olvidan esta reserva en favor de la Telefónica aunque en la actualidad la Administración ha firmado un contrato con la C.T.N.E. el 10 de Agosto de 1972 (32) por el que la Compañía Telefónica se obliga a -- instalar cables coaxiales en un plazo de 18 meses en determinadas zonas de Madrid y Barcelona. Mediante este contrato lo que en realidad hace la Telefónica es alquilar sus instalaciones ya que el contenido de la programación corresponde a RTVE; pero al margen de esto la Compañía está facultada para montar su propio servicio por una parte y, por otra, su derecho de alquilar sus instalaciones a particulares para distribución de señales de Televisión se vería burlado si a estos particulares se les prohibiese con carácter general el ejercicio de tal actividad.

(32) Luis Ezcurra. Revue de L'UER XXIV. nº 1. pág. 44 a 50.

CAPITULO SEGUNDO

DERECHO COMPARADO

ESTADOS UNIDOS

1.- a) La fuerte tradición liberal en los Estados Unidos hizo que la regulación de los distintos medios de radio-difusión no se hiciera hasta después de estar funcionando numerosas emisoras y justamente como consecuencia de los problemas que la concurrencia de los mismos produjo en la prestación del Servicio, según afirma Paulo Tesauro a quien aquí seguimos.

El respeto a la libertad de expresión y a la libre difusión del pensamiento fue causa determinante de esta actitud abstencionista del Estado que sólo se decidió a intervenir en 1927 y a petición de los propios titulares de emisoras.

Con anterioridad, en 1912, se dictó la primera norma que exigía la obtención de una licencia para poder poner en funcionamiento un emisor radioeléctico. Sin embargo ni la -- longitud de ondas, ni las horas de emisión ni las perturbaciones radioeléctricas de unas emisoras con respecto a otras estaban reguladas (33).

Ello motivó que el Secretario del Comercio y del Trabajo condicionase el otorgamiento de la licencia al cumplimiento de unas normas sobre longitud de onda y horario aunque sin mucho éxito pues la Zenith Radio Corporation obtuvo de la Corte Suprema la declaración de ilegitimidad de la decisión del Secretario.

(33) Vid. la prensa, la Radio y la Televisión en los Estados Unidos. Revista Trimestral Publicidad. pág. 186. También "la Televisión Americaine". Roger Ender. Droit Social. Diciembre 1970.

b) Sin embargo la Federal Radio Comisión Act de 23 de Febrero de 1927 constituye la primera normativa sistemática de la radiodifusión. Ella crea la "Federal Radio Comisión" en cargada de regular técnicamente el funcionamiento del servicio imponiendo las limitaciones que fueran oportunas.

c) La "Communication Act." de 1934 sustituye la "Federal Radio" por la "Federal Communications Commission" con competencias mas amplias ya que los particulares no solo tenían limitaciones con respecto a la longitud de ondas, sino también con respecto a su deber de imparcialidad en las transmisiones y a la de ceder el uso de sus ondas por igual a los distintos candidatos durante la campaña electoral. Por otra parte, si bien el otorgamiento de la licencia no es arbitrario, existen una serie de factores a tomar en consideración antes de otorgarla, tales como el interés público, la conveniencia, etc, que dejan en mayor libertad a la Administración, especialmente en el supuesto de que el número de peticiones exceda al de ondas disponibles.

La Federal Communications Commission está compuesta por siete miembros designados por el Presidente quien, sin embargo, tiene que contar con el Senado que en diversas ocasiones se ha opuesto a la elección hecha por el Presidente (34).

d) Es importante subrayar que la Constitución de los Estados Unidos nada dice que permita organizar la Radiodifusión en una forma u otra; sin embargo, el Bill of Rights de 25

(34) Vid. Paolo Resauro. La disciplina della Radio e della Televisione nell'ordinamento degli Stati Uniti et del Canada. Rossegua di diritto publico. Octubre 1961, pág. 686.

de Septiembre de 1789 en su artículo 1º reconoce la libertad de palabra y de prensa y la enmienda catorce la refuerza prohibiendo a los Estados dictar normas contrarias a ellas (35) ya que la prohibición del Bill of Rights se había revelado insuficiente al dirigirse únicamente al Congreso, no impidiendo que los Estados adoptasen disposiciones limitadoras de tal libertad. Por otra parte en numerosas decisiones de la Carta Suprema ésta ha entendido que la libertad de prensa a que se refiere dicho artículo comprende no sólo la prensa escrita - propiamente dicha sino también cualquier moderno medio de comunicación de ideas (36).

Sin embargo ciertamente la afirmación de tal libertad nada dice sobre la forma de configurar el servicio (37) aunque desde luego, si la forma constitucional es respetada, cualquiera que sea la forma de organización deberá siempre tenerse en cuenta tal principio. De ahí que la concesión de la licencia por la "Federal Communication Commission" no se configure como algo discrecional y libre de tal órgano, por más que los criterios en que descansa su concesión puedan a veces no estar totalmente reglados.

(35) "Art. 1". Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press" (Bill of Rights). Enmienda 14 "No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States".

(36) Wilbur Schram. International Encyclopedia of the social Sciences. Tomo III. pág. 55.

(37) Así 1948 -United States- Paramount Pictures (United States Report, Vol. 334. pág. 131).

e) Por otra parte las Facultades de la Federal Communications Commission no terminan con la expedición de la licencia.

La escasez de ondas como ha señalado la doctrina (Paulo Tesauro, op. cit. pág. 690) coloca a quienes han obtenido el uso de ellas en una situación de privilegio que le obliga al menos a la imparcialidad en sus emisiones y el respeto a la moral y buenas costumbres, lo que fundamenta la intervención de la Comisión en el desarrollo de la actividad.

Con respecto al primer límite, en el cual podría incluirse la obligación de las estaciones de dar igualdad de oportunidades a todos los candidatos en las elecciones, se ha planteado el problema del Control por la Comisión de su cumplimiento ya que constituye un portillo abierto a una censura "a posteriori" del contenido de las emisiones. Los titulares están obligados a distinguir lo que son simples hechos de las opiniones y comentarios y aún a señalar la existencia de opiniones y comentarios contrarios.

f) La existencia de cadenas de radiodifusión ha dado también lugar a una interesante normativa tendente a evitar la creación de monopolios de hecho que tenderán a influir sobre la opinión, máxime cuando dichas cadenas están en manos de poderosos grupos de presión económica. (Standard).

De hecho la Federal Communications Commission detenta una amplia competencia en la materia. Ella es la que autoriza la instalación de una estación transmisora y la que, una vez -

instalada, otorga la correspondiente licencia sin que la autorización para la construcción presuponga necesariamente la - concesión de la licencia a otorgar una vez terminada aquella y de cara a su funcionamiento. Sin embargo es obvio que la autorización para construir la estación situa al particular en una favorable y cuasi determinante posición para que en su día, si ha cumplido los requisitos de toda especie exigido - en la construcción, de le otorgue la licencia.

Por otra parte, la licencia no da un derecho absoluto al particular desde el momento que la misma tiene un carácter temporal y además queda sometido a una serie de obligaciones. (38) El carácter temporal de la licencia no impide que las - mismas puedan ser renovadas por la F.C.C. por razones de interés, conveniencia y necesidad pública, pero las facultades - de renovación, si bien no están estrictamente regladas, no son tampoco discrecionales. En primer lugar existe un procedimiento para la renovación así como para la concesión, en el cual existe un trámite de audiencia a la parte interesada; en se- gundo lugar en determinados supuestos existe la posibilidad - de apelación ante la Corte de Apelación de los Estados Unidos del Distrito de Columbia, por último la propia F.C.C. tiene pu- blicado un Memorandum oficial "The Public Service Responsabi- lity of Broadcast Licensee" o "Blue Book", en que se recogen normas de conducta y funcionamiento en estas materias.

(38) Thomas F. Baddwin: "Broadcasting in the United States: new dimensions in the concept of public interest". Il diritto nº 3- 1970, pág. 573 y ss.

Antes de seguir adelante hay que señalar que en los EEUU junto a las emisoras de carácter comercial existen -- otras del Estado y otras dedicadas a fines culturales sin ánimo de lucro reguladas en el "Public Broad Casting Act." de 1967.

Hasta ahora ha sido la televisión comercial la que ha tenido más importancia si bien los fallos en que ha incurrido el sistema ha llevado a la organización de una televisión no movida por razones de lucro sino por el afán de prestar un servicio a la comunidad de calidades revelantes.

Como vimos la instalación de emisoras es teóricamente libre si bien sometida a la previa licencia. Sin embargo ya desde el principio pudo apreciarse la existencia de cadenas -- que amenazaban con dominar todo el campo de la telecomunicación. En el campo de la Radiofonía, y sobre todo en el campo de la Televisión, los costes de producción son muy elevados y si, además, se tiene en cuenta que los ingresos proceden de la publicidad, fácilmente se comprenderá el fenómeno de las cadenas; las emisoras locales cubren el costo de sus programas con los productos de la publicidad, pero, en una sociedad desarrollada, la publicidad se refiere a marcas que desbordan el área comarcal o regional para comprender varios Estados; de ahí que los productos se anuncien a escala nacional y mediante acuerdos que garanticen tal difusión; si, por otra parte, se tiene en cuenta que los costes de producción se pueden reducir muchísimo si se distribuyen entre varias estaciones se comprende el papel de las cadenas de televisión y radio difusión que ofrecen a las estaciones una serie de ventajas que, sin embargo,

comprometen su propia independencia. La "Chain Broadcastins Regulation" de 1941 contenia una regulaci3n de este problema tendente a evitar la creaci3n de aut3nticos monopolios en la actividad, mediante la prohibici3n, concesi3n y renovaci3n de licencias a estaciones vinculadas a cadenas que cubran la misma 3rea mediante otra estaci3n. (39)

Actualmente sin perjuicio de la prohibici3n de tener m3s de una estaci3n que cubra un mismo 3rea o m3s de cinco estaciones de Televisi3n sobre todo el territorio de los EEUU, las cadenas se han organizado en otra forma. Respetan la prohibici3n en cuanto a estaciones propias pero forman contratos con las estaciones privadas en cuya virtud estas quedan en -- cierta medida sujetas a una situaci3n similar a la de las estaciones propias de las cadenas. Tales contratos se denominan contratos de afiliaci3n. Mediante ellos las cadenas suministran a las estaciones una serie de programas a cambio de disponer de determinados tiempos de antena para espacios publicitiarios.

La F.C.C. ha dictado algunas reglas en relaci3n con -- los contratos de afiliaci3n tendentes a evitar que a trav3s de los mismos puedan perder su total independencia las estaciones. As3, se establece que el contrato no pueda tener un -- tiempo de duraci3n superior a dos a3os; que el contratante -- puede hacer uso de una serie de horas de la estaci3n siempre que lo comunique con 56 dias de antelaci3n distribuy3ndose --

(39) "The Impact of the Federal Communications Commission Chain Broadcastins Rules", Yale Law Journal 1951.

por otra parte el total de horas disponibles (12) entre cuatro periodos de tiempo; que la estación es libre para contratar con otro Network para rechazar el programa que se le suministre.

Los "Network" están extendidos por todo el país y en materia de televisión son cuatro:

- 1) The American Broadcasting Company (A.B.C.)
- 2) The National Broadcasting Company (N.B.C.)
- 3) The Columbia Broadcasting System (C.B.S.)
- 4) La Dumont Broadcasting Corporation (D.B.C.). Esta última actúa sólo en televisión.

g) Además de estas cadenas existe una asociación que agrupa estaciones comerciales privadas de radio y televisión y cuya finalidad es defender a estas y actuar como grupo de presión. Se trata de la National Association of Broadcasters (N.A.B.). Por otra parte, la N.A.B. establece también reglas o "standards" sobre programación que suponen en definitiva una forma de autocontrol; estas reglas estan recogidas en el "Radio Code" y "Television Code", publicado el primero en 1934 y el segundo en 1952 (40).

Además dentro de la N.A.B. existe un órgano encargado de verificar la observancia de estas reglas: el "Televisión Code Review Board".

(40) Cfr. Bruce, A. Linson, Self regulation in Broadcasting University of Kansas, Lawrence, Kansas, 1967.

Además de éste autocontrol de la N.A.B. existen otros de la F.C.C. que, puesto que cada cierto tiempo tiene que renovar las licencias, verifica un control a posteriori de los programas que se traduce en un nuevo autocontrol del concesionario que trata de evitar que en su día no le sea renovada la licencia; la gravedad de la medida supone también un obstáculo a su utilización (41).

En cualquier caso la sección 326 de la Federal Communication Act" prohíbe el ejercicio por parte de la Comisión de cualquier tipo de censura sobre el contenido de la programación si bien la F.C.C. en el Blue Book () ha dado una serie de normas sobre carácter y composición de la programación tendentes también a conseguir un cierto equilibrio sobre los contenidos de cada programa.

Por otra parte, la F.C.C. ejerce ya un cierto control inicial al exigir al peticionario de la licencia que reúna una serie de requisitos y se comprometa en una determinada programación: entre otros se exigen como requisitos que el peticionario no hay sido sancionado por violación de la legislación anti-trust, o pretenda realizar propaganda racial o blasfema. Cuando son varios los peticionarios valora otros aspectos como la residencia, experiencia, cultura, programación, etc.

(41) Vid. Charles Debbasch. Traité du droit de la Radiodiffusion. pág. 33. También Gonzalez Casanova *ib. cit.* pág. 105.

h) Cuando la F.C.C. deniega la renovación de una licencia existe un procedimiento de Apelación ante la Corte de Apelación de los EEUU del Distrito de Columbia como ya se ha indicado.

En cuanto a la utilización del medio debe señalarse en primer lugar la posibilidad de dar a los candidatos a cargos públicos la posibilidad de utilizar la televisión. La - sección 315 del "Communication Act" dispone, que cuando el titular de una licencia otorga a un candidato a un cargo público un determinado tiempo de antena en unas determinadas condiciones, está obligado a conceder el mismo tiempo y en las mismas condiciones a los demás candidatos. Así mismo dispone que, sin embargo, el titular de la licencia no está obligado a conceder el acceso a la estación a ningún candidato. (42)

Debe señalarse que la posibilidad que esta última parte de la sección concede al titular para negar el acceso a los candidatos viene siendo interpretada limitadamente en el sentido de que el interés público exige información en materia electoral y una sistemática negativa al acceso de los candidatos puede influir en la no renovación de la licencia.

Por último debe señalarse que la dependencia de la publicidad como fuente de ingresos ha hecho que los programas de televisión tengan especiales características. Se trata de que los programas tengan la máxima audiencia para conseguir el máximo efecto de la publicidad, para ello se producen pro

(42) Vid. Gonzalez Casanova ob. cit. pág. 106. Charles Debbasch ob. igualmente citada pág. 361. Paolo Caretti e Roberto Zaccaria. Liberta di espressione e organizzazione radiotelevisiva. pág. 470.

gramas de variedades o atracciones de poco nivel cultural y muy apegados a los gustos del público medio que ve la Televisión. Incluso se hacen sondeos para comprobar el nivel de audiencia de los distintos programas (43).

i) Este problema de la falta de calidad de los programas de la red comercial ha dado lugar cada vez más al interés de las Universidades, fundaciones e instituciones de la Sociedad Americana por una red no comercial de televisión que se ha regulado en el "Public Broadcasting Act" de 1967.

Las estaciones de esta categoría pertenecen a Universidades y otras asociaciones o fundaciones de interés cultural. No tienen ánimo de lucro por lo que la programación debe ser subvencionada por otros medios distintos de la publicidad.

También en éste campo existen Empresas suministradoras de programas como la National Educational Television (N.E.T.) relacionada con la fundación Ford.

2.) Análisis doctrinal.

En definitiva el sistema Americano parte de una libertad de instalación sometida a una serie de limitaciones jurídicas e igualmente a limitaciones económicas que realizan el

(43) Introduction to Mass Communications. Edwin Emery y otros; cita la A.C. Nielsen Company entre las que se dedicaban a sondeos que marcaban la pauta de las emisiones interesantes.

alcance de la libertad e independencia de las estaciones, lo que no impide que el sistema americano tenga su propio carácter pluralista pese al reconocido bajo nivel de las transmisiones informativas y culturales. En materia informativa la "May Flower Decision" de la F.C.C. suponía en 1941 que las emisoras debían abstenerse de formular sus propias opiniones en relación con los hechos de que informase. Esta postura -- inicial de la F.C.C. fue modificada poco a poco en el sentido de admitir las opiniones emitidas con honradez por las emisoras siempre que se permitiese la exposición de las opiniones contrarias.

Las emisoras prefieren en muchos casos no exponer sus propios puntos de vista unas veces por razones comerciales, para no enajenar auditores de cara a la publicidad y otras para evitar réplicas y contraréplicas, ello motiva también una ausencia de editoriales de posturas propias de la televisión americana que contribuye a darle un tono característico, si bien existen emisoras que utilizan la técnica editorial (44).

El principio del que se parte no es sin embargo el monopolio estatal sino la libertad, con unas limitaciones que se fundaron en razones de policía, de ordenación racional de la actividad exigida por los propios emitentes y que se concretaban por medio de la Federal Communication Commission, "administrative body", independiente del Gobierno, creada en virtud de los poderes que al Gobierno atribuye la Constitución.

(44) Introducción To Mass Communications.

La F.C.C. tiene poderes en la materia de orden reglamentario, ejecutivo, y judicial pero sus resoluciones no son discrecionales sino sometidas a sus propias normas y a la ley que la constituyó y, en todo caso, al fin de necesidad y utilidad pública que debe perseguir en todas sus actuaciones. Eso y el carácter apelable de sus decisiones demuestra el respeto existente a la iniciativa de los particulares en esta materia en los EEUU; respeto que no abre paso a una anarquía y libertinaje en el ejercicio de la actividad pues la Comisión conserva facultades de control de la actividad.

Por de pronto la concurrencia en el nombramiento de los componentes de la F.C.C. del Presidente y del Senado, cuya aprobación es indispensable, pone de relieve la independencia orgánica del Ente cuyos miembros no dependen así de la libre voluntad del ejecutivo, ello es importante para comprender, los múltiples poderes, ejecutivos, cuasi judiciales y reglamentarios, que la Comisión posee. Por otra parte, como ha sido señalado, (45) el fundamento del Decreto de intervención y regulación de la Actividad a nivel federal descansa en la llamada "Commercial Clause" de la Constitución, en cuya virtud el Congreso puede ejercerla por sí, o por medio de órgano concreto como en éste caso ocurre con la Federal Communication Commission lo que subraya la independencia de esta de cara al ejecutivo.

(45) Paolo Caretti e Roberto Zaccaria. Liberta di espressione e organizzazione televisiva. Pág 445. Vol I.

3) La regulación de las nuevas formas de radiodifusión.

Los avances tecnológicos no han puesto en entredicho en Estados Unidos el régimen jurídico en la materia, por la sencilla razón de que el régimen de libertad, controlado por un órgano independiente, allí existente no sufre la más importante consecuencia de esos avances: la ampliación de los canales y frecuencias utilizables. Sin embargo tales avances no han dejado de plantear problemas, en especial por lo que se refiere a la teledistribución o televisión distribuida por cable.

El uso de cables para la distribución de la señal televisiva hacia tiempo que se venía utilizando en USA en concreto en aquellas zonas a las que no llegaba con la nitidez deseada la señal televisiva; para solventar el problema algunas empresas privadas instalaban antenas de gran potencia que recibían la señal y la llevaban por cable a los domicilios, se trataba del CATV o Community Antenne Televisión. En definitiva - se trataba de una antena común, podría identificarse con los que se instalaban para el servicio de todas las fincas de un sólo inmueble en los grandes ciudades del mundo. La única diferencia inicial consiste en que esa antena servía a toda una comunidad local o a varias y además que la propiedad del ingenio era de una empresa que percibía un canon determinado por el servicio; pero aparte de esto no había otras diferencias - (46).

(46) Cfr. J. Keshishoglou. "Par cable ou pas par cable". Revue de l' U.E.R. Vol. XXIII nº 4. pág. 32.

Sin embargo pronto va a surgir una controversia en -
aquel país centrada en los aspectos civiles del problema y
que aún hoy esta dificultando la implantación del moderno -
sistema. En esencia la cuestión se centra sobre el tema de
los derechos de autor: la recepción de una señal de televi-
sión lejana por una de estas antenas y su distribución al
público ¿Supone o no un acto de representación de las obras
protegidas por la propiedad intelectual?. (47)

Los EEUU tenían una antigua jurisprudencia sobre el
tema que sin embargo ha resultado inaplicable. El Tribunal
en 1930 en el caso Buck contra "Jewell-La Salle Realty Co".
(283.U.S.191) había sentado que un hotel que distribuye a -
las habitaciones la señal radiofónica esta obligado a pagar
derechos de autor como si de una nueva interpretación se tra-
tase; la razón es que mediante tales ingenios se ampliaba el
circulo de destinatarios normalmente previsto por el emittente
y autorizado por el autor.

El mismo Tribunal Supremo en 1968 en el caso Fotnigh-
tly Corporation contra United Artist Television (372 U.S. 390)
cambia la anterior doctrina de un caso muy semejante en que
se distribuía la señal televisiva mediante el sistema CATV.
El problema sin embargo esta lejos de haber encontrado una
solución definitiva; en efecto, más recientemente se ha plan-
teado un caso semajante al anterior pero con substanciales -
diferencias pues ya no se limitaba a la distribución de una

(47) Vid. Felice Santonastaso. "Cable Television e diritti
d'autore". Il diritto delle radiodifusioni e delle Telecomuni-
cazioni nº 1 y 2 - 1972

señal lejana sino que además distribuía sus propios programas y anuncios. El caso está suscitando una amplia controversia en aquel país y ha sido resuelto por el Tribunal Federal del distrito Sur del Estado de Nueva York, en el sentido de negar la obligación de pagar nuevos derechos de autor. - Apelada la decisión del Tribunal Superior (Circuit Court) la ha modificado en parte en lo que se refiere a la distribución de señales lejanas, es decir, no captables en la zona - (48).

La Decisión ha sido recurrida al Tribunal Supremo sin que tengamos noticia de la resolución recaída (Columbia, Broadcasting System Inc contra Teleprompter Corporation) (49).

El problema civil suscitado por la utilización de los cables ha frenado el desarrollo de esta forma de Televisión (50) incluso después de que la F.C.C. que, en un principio se había negado a reglamentar la materia por estimar que el CATV no suponía utilización de las ondas ni comercio entre los Estados, publicase el 3 de Febrero de 1972 el "Fourth Cable Television Report and Order and Cable Rules". Esta Reglamentación -

(48) Vid. Televisión por Cable. Harry Olson, Revue de L'UER. Enero 1974, pág. 43.

(49) Cfr. sobre el tema puede verse. Revue de L'UER Vol. V, sendos artículos de Barbara Ranger "Evolucion reciente de la Televisión por cable" pág. 36 y Harry Olson "Televisión por cable" pág. 45. También J. Keshishoglov ob. cit.

(50) Vid. "Avances en materia de comunicaciones en los EEUU" por Robert Hald pag. 56 y 57. Revue de L'UER XXIV nº4.

pretende encauzar la utilización del nuevo sistema que ha - desbordado la inicial finalidad de cubrir zonas mal servidas y por tanto la finalidad del CATV (51). Ahora se pretende que las estaciones de cablevisión difundan sus propios programas; se señala el número de servicios por cable que se establecerán en los principales centros de población; se señalan preferencias respecto a la recepción de ondas procedentes de otras estaciones; y se obliga a que los cables tengan canales de -- vuelta de cara a la posibilidad de que los Televidentes puedan comunicar directamente con las emisoras.

El sistema esta bastante extendido pero desde un punto de vista jurídico sólo está en sus comienzos y el tema de los derechos de autor esta retardado su efectividad pues el "Fourt Cable Televisión Report and Order" no regulaba directamente la materia.

El análisis de los problemas suscitados por estos modernos medios de comunicación demuestra como los mismo no han alterado el "statu quo" administrativo en materia de comunicaciones por razón de la situación de libertad existente en aquel país, el análisis se hacía sin embargo necesario para comparar esa incidencia con la producida en países donde el régimen jurídico en la materia era diferente.

(51) La identificación entre CATV y Televisión por cable que hacen algunos autores por ejemplo Keshishoglou ob cit, tienden a desaparecer como ha señalado Barbara Ranger ob. igualmente - cit. La razón es que ya no se trata de una antena que se limita a distribuir la señal que recoge sino de un nuevo servicio, autonomo de Televisión.

FRANCIA

La Ley 72-553 de 3 de Julio de 1972 aprobó el nuevo estatuto de la radiodifusión francesa; el ordenamiento jurí dico de la radiodifusión en este país refleja, en su variado periplo, problemas políticos y constitucionales, sin que pueda decirse que se haya encontrado una solución satisfactoria. Más adelante se analizarán los antecedentes históricos de la actual situación, imprescindible para conocerla y para captar la problemática que, todavía hoy, late entre los dos polos de tensión: monopolio y libertad; ahora nos limitaremos a la exposición del nuevo Estatuto.

La Ley de Julio de 1972 surge en unas circunstancias muy especiales; desde los sucesos de Mayo se había puesto de manifiesto la inadecuación en muchos aspectos del estatuto del 64; la libertad e independencia de la Televisión no resultaban garantizadas; las presiones sobre los responsables de la información por parte de autoridades políticas y la mediocridad y bajo nivel de la programación habían sensibilizado enormemente a la opinión pública. En este contexto el "affaire" de la publicidad clandestina fue la chispa que hizo saltar el antiguo estatuto. El monopolio que se justificaba como único medio de evitar que los intereses privados monopolizaran la actividad en su propio provecho a costa de la calidad de los programas y se entregasen a los caprichos de los anunciantes para conseguir las mayores audiencias posibles y por

tanto mayores ingresos, resulta que cae en los mismos excesos que justificaban su existencia agravados por la inmoralidad de un "affaire" tan obscuro.

Múltiples voces se levantan en la esfera política y doctrinal para anunciar el fin del monopolio como único medio de evitar tales situaciones. Otros achacan todo lo ocurrido a la falta de autoridad del Gobierno y a la liberalización de la televisión. El Gobierno entonces elabora con toda urgencia un proyecto de ley que presenta al Parlamento en 8 de Junio de 1972 y del que se hacen varias lecturas entre el 15 y 30 de Junio según el procedimiento de urgencia en la Asamblea y en el Senado, adoptándose por fin en 3 de Julio de 1972. (52)

La Ley, con algunos retoques mantenía la estructura anterior de un Ente autónomo, el ORTF, con un consejo de Administración y un Presidente-Director General; pero lo importante de la misma es la potencialidad de futuro que encierra y la deslegalización parcial que establece.

En efecto la ley distingue entre el Servicio Público Nacional de Radiodifusión Televisión francesa (S.P.N.R.T.F.) y el ORTF encargado de ejecutar las misiones y ejercer el monopolio del primero. Tal distinción es paralela a la de "esencial y accidental" (52) El SPNRTF asume una serie de funciones y finalidades permanentes; El ORTF no es sino el instrumento formal accidental y orgánico para el ejercicio de esas funcio

(52) Vid. Boissou. Revue Droit Public. La imagen es de Boissou

nes; instrumento formal que puede crecer, dividirse, modificarse, etc. sin que las funciones y finalidades del servicio sufran alteración ninguna por tales modificaciones.

En cuanto a la deslegalización la misma se contiene en el artículo 3º de la ley cuando dispone que mediante Decreto podrán acordarse derogaciones al monopolio definido en el artículo 2º. Queda en manos del ejecutivo el mantenimiento mismo del monopolio de hecho, pues en cuanto, se den tales derogaciones, ciertamente, ya no habrá monopolio.

Junto a estos aspectos merece señalarse también la ampliación expresa que hace del contenido del monopolio en su artículo 2º que sin duda contempla las nuevas formas de distribución de la señal de Televisión. El SPNRTF se configura así como un monopolio cuyo objeto es 1) definir los programas destinados a ser difundidos al público o a ciertas categorías de público. 2) Organizar, constituir, explotar y mantener las redes e instalaciones que aseguran esta difusión. 3) Difundirles por todos los medios de Telecomunicación.

Debe destacarse también que pese a esa ampliación formal de la extensión del monopolio que sin duda afecta directamente a la tele distribución, el propio artículo 3, entre las derogaciones del monopolio que pueden acordarse

por Decreto señala en primer lugar las relativas a "la di fusión de programas a públicos determinados", " en circui to cerrado en recintos privados", "para experiencias de investigación científica" y "en interés de la defensa nacional o de la seguridad pública". En los tres primeros - supuestos se prevee el carácter revocable y precario de - la derogación, pero pese a tal afirmación no cabe duda - que si uno de los supuestos que contempla el artículo 3 es el de la teledistribución o televisión por cable, "difusión de programas a públicos determinados", para que cualquier par particular se decida a invertir en ese campo será necesario que se le den un mínimo de garantías o seguridades - económicas mediante el pago por ejemplo de las inversiones efectuadas en instalaciones o equipos en caso de que se - revoque su autorización. Esta se hará en precario y revo- cable lo que significa que el particular no podrá oponer- se a una eventual revocación pero sí concertar previame nte que en tal supuesto se le indemnice con determinadas cantidades a cambio de las inversiones realizadas.

a) L'Office de la Radiodifusión-Televisión française.

La ley de 3 de Julio de 1972 configura el ORTF como un establecimiento público de carácter industrial y comercial. Se mantiene así la naturaleza jurídica que ostentaba con anterioridad pero se introducen dos import antes modifi caciones: Por un lado el ORTF no desarrolla funciones pro- pias que le hayan sido directamente atribuidas sino las -

que la ley confiere al Servicio Público Nacional de Radio difusión - Televisión Francesa (SPNRTF) como ha señalado Bouissou (53) con lo que se subraya el carácter instrumental y accidental del ORTF; este puede ser alterado sin mo dificarse el SPNRTF y viceversa, el monopolio a este últi mo atribuido puede derogarse en casos determinados sin - que se altere el ORTF. Por otro lado el ORTF de acuerdo con el artículo 4 se organiza en unidades funcionales bajo la forma de "regies" o de establecimiento públicos. Es tos establecimiento públicos del ORTF se crean y organi zan por Decreto en Consejo de Estado y están dirigidos por un Director nombrado por el Presidente-Director General del ORTF de entre los miembros del Consejo de Administra- ción del propio establecimiento desgajado.

La aprobación del nuevo estatuto dio lugar a nume rosas críticas por parte de quienes veían en este la posi bilidad de dividir el ORTF () y aún hoy es la causa de las huelgas que le amenaza (54). Se piensa que la creación de una serie de establecimientos supone el desmantelamiento del ORTF y el fin del monopolio por más que el artículo 11 de la ley prevee que tales establecimientos quedan bajo control del ORTF (55).

(1) Ob. citada
 () Cfr. Institutions et Publics des moyens d'information.
 Francis Balle. Editions Montehrestien. pg. 352.
 () Droit Social pág. 446 Jacques Chevalier nº 8 y 9. 1972.

Tenemos así un establecimiento público matriz dotado de personalidad jurídica bajo cuyo control se establecen por Decreto una serie de unidades funcionales bajo la forma de "regies" o establecimientos públicos.

Hasta la fecha no se ha desarrollado tal estructura aunque parece estar trazado ya el programa del futuro - desarrollo del ORTF; este, en cuanto Ente matriz, está administrado por un Consejo de Administración y dirigido por un Presidente Director General.

Las funciones del Consejo además de las de Administración comprende la definición de las líneas generales de actuación, la vigilancia de la calidad y moralidad de los programas, la objetividad y exactitud, así como la imparcialidad. El número de miembros del Consejo es de 14, de acuerdo con el Decreto de 5 Julio 1972, de los cuales 7 - son representantes de Estado designado por el Gobierno; 2 representan a los oyentes y televidentes, siendo nombrados 1 por la Asamblea Nacional y otro por el Senado. Los otros 5 representan la Prensa escrita y al personal del ORTF y - son nombrados por el Gobierno sobre listas presentadas por órganos representativos.

Como se ve la presencia del Estado pretende equilibrarse aunque sin mucho éxito, con la de entidades representativas. Lo cierto es que dado que el Presidente-Director general tiene voto de calidad, basta que el mismo sea

uno de los siete designados por el Gobierno para que éste intervenga decisoriamamente en el ORTF, máxime si se tiene en cuenta que los representantes del Estado pueden ser revocados en cualquier momento.

Podría pensarse, y sobre ello se hizo hincapie en la discusión Parlamentaria, si siendo nombrado por tres años el Presidente Director General podía éste mantener cierta independencia de cara al poder público ya que sabía que hasta los tres años de su mandato tenía libertad para actuar. Sin embargo los hechos han demostrados que el Primer Presidente Director General del ORTF, M. Arthur Conte, ha sido cesado antes de los tres años de su mandato por un enfrentamiento de criterios con el reconstituido Ministerio de la Información de M. Malaud en el pasado mes de Octubre de 1973 (56); el fundamento de tal cese estaba en que el Presidente Director General se nombra de entre los miembros del Consejo de Administración con lo cual bastaba con cesarle como miembro de tal Consejo, en su condición de ser uno de los siete representantes del Estado, para que automáticamente cesara en su condición de Presidente Director General.

Como se ve el tema de la Independencia del Poder público sigue sin conseguirse; el Gobierno tiene siempre la mayoría del Consejo de Administración y lógicamente seguirá

(56) Vid. Le Monde 25-X-73

teniéndola, en las distintas regies que se constituyen en el futuro pues en las mismas existe también un Consejo de Administración y un Director General; este es nombrado por el del ORTF y aquel está compuesto por representantes de éste, del Estado, del personal y por personalidades - cualificadas.

b) El Alto Consejo del audiovisual y la Delegación Consultiva Parlamentaria.

La ley de 3 de Julio de 1972 crea un Alto Consejo de lo audiovisual con representantes de la Asamblea Nacional y del Senado entre otros con funciones puramente consultivas como señala Bouissou por lo que su alcance será muy limitado, aunque su pretensión parece que es informar sobre el desarrollo y progreso de las técnicas audiovisuales además de algunos cometidos concretos y especificos que le señala la ley.

Asímismo se constituye una Delegación Parlamentaria consultiva con competencias financieras y otras determinadas de Orden Consultivo.

Por el momento es pronto para saber el papel que pueden desempeñar estos órganos, si bien su carácter puramente consultivo parece indicar lo limitado de sus funciones.

c) Las derogaciones del monopolio

Como ya se ha indicado la ley prevee derogaciones al monopolio definido en su artículo 2º. En este sentido es importante el régimen jurídico a seguir por la cablevisión, todavía incierto. Maurice Bujon, representante de la prensa en el Consejo de Administración del ORTF presentó un informe en Noviembre de 1972 a solicitud de L'ORTF sosteniendo la tesis de la admisión de la iniciativa privada en tal montaje de la cablevisión. La mejor forma, según este informe, sería mediante la creación de una sociedad en forma de empresa mixta en la que junto con el Estado participasen aquellos sectores interesados y relacionados con la Televisión y especialmente la Prensa, los productores, universidades, etc. (57). Con anterioridad a este informe la teledistribución era ya un hecho en muchas zonas de Francia para la mejor recepción de ondas hertzianas y posterior distribución a receptores que de otra forma tendrían mala visibilidad. La decisión de la derogación del monopolio en este punto supondría la retransmisión por este medio de espectáculos propios distintos de los de la Televisión convencional.

El artículo 17 faculta al Gobierno para que por Decreto regule los conciertos y relaciones con el Ministro de Correos y Telecomunicaciones de cara a la explotación de redes específicas conjuntamente por este y por el ORTF así como ^{el} ejercicio de las competencias propias del último.

(57) Francis Balle, ob. cit. pag. 407

d) El Derecho de Réplica.

La ley de 3 de Julio de 1972 prevee la organización de un derecho de réplica para aquellas personas físicas que puedan ser ofendidas en su honor, reputación o intereses - por una emisión de Televisión. La réplica se limita a personas físicas por lo que ni las sociedades ni las Asociaciones políticas tienen derecho a la misma. Estas últimas sin embargo, podrían compensar esa falta con su presencia en determinadas emisiones de Televisión. En realidad la Ley no regula este derecho a la antena de los partidos, sin embargo su art. 7 encomienda al Consejo de Administración la misión de comprobar que las principales tendencias del pensamiento y las grandes corrientes de opinión se expresan por medio del ORTF. Una afirmación tan vaga deja en el aire la forma de instrumentar ese derecho a la antena pero al menos marca una línea de conducta a seguir. El Derecho de réplica se contrae así a los casos de ataque al honor y fama de las personas físicas no comprendiendo los supuestos de ataque a las corrientes de opinión ideológicas o partidos políticos.

Por otra parte, la ley no organiza este derecho, se limita a establecer en su art. 8 que un decreto en Consejo de Estado establecerá las condiciones en que se organizará tal derecho.

El examen que hemos realizado del ordenamiento jurídico de la Televisión en Francia quedaría incompleto sin examinar la evolución de éste servicio. Tal examen puede ser interesante por dos razones: en primer lugar porque tal evolución ha pasado por fases muy semejantes a las nuestras, en segundo lugar porque muestra con bastante claridad los problemas de la Televisión del Estado y las causas de la crisis del monopolio. Vamos a hacer pues un rápido examen del servicio de radiotelevisión desde sus comienzos.

En el país vecino la comunicación a distancia fue regulada ya por Decreto 23/30 Julio de 1793 que reservaba al Estado el monopolio de la transmisión de signos a distancia por razones de seguridad; la ley de 2 de Mayo de 1837, además de establecer el monopolio Telegráfico, establecía una pena de prisión de un mes a un año y multa de 1.000 a 10.000 francos a quienes transmitieran sin autorización señales de un lugar a otro por medio de máquinas o por otro medio cualquiera.

Por su parte el Decreto-ley de 27-XII-1851 reafirmaba tal monopolio y establecía la distracción del material ocupado a los infractores.

Estas disposiciones constituían el cuadro normativo básico de las telecomunicaciones que los Decretos de 7 Febrero 1903 y 5 Marzo 1907 extienden a la radiotelegrafía y la ley de 30 de Junio de 1923 (58) a la emisión y recepción

(58) Vid. Debbash. Que sans-je. pag 35. "Le Droit de la TV"

de todo tipo de señales radioeléctricas; es esta ley la primera piedra en la regulación de la radiodifusión en su doble alcance de sonidos e imágenes.

La realidad sin embargo se desarrolló en forma no adecuada a los textos legales. Ya el Decreto ley de 27 de Diciembre de 1851 (59) preveía excepciones al monopolio que instauraba y al amparo del mismo en la forma prevista en la ley de 30 de Junio 1923 surgen una serie de estaciones privadas que particularmente satisfacen la mayor parte de las necesidades del servicio si bien existe también un servicio oficial.

Esta duplicidad de situaciones durará hasta 1945 en que la Ordenanza de 23 de Marzo revocaba todas las autorizaciones otorgadas hasta ese momento. Tal fecha marca - pues el comienzo de una situación de monopolio real en el vecino país, situación matizada sin embargo por la existencia de las llamadas estaciones periféricas, que junto a las fronteras del territorio francés difunden emisiones destinadas a este; así Radio Andorra y Radio Montecarlo.

Sin embargo la Ordenanza de 23 de Marzo de 1945 no supone un cambio repentino en la política radiodifusora; en realidad, en lo que respecta a estaciones emisoras, un De-

(59) Boissou. III4. Revue de Droit Public et de la Science Politiq. 1964. También F. Terrou "Le Statut Juridique de L' ORTF". la Documentation Francaise.

creto Ley de 28 de Diciembre de 1.926 disponía que habrían de ser de la propiedad del Estado si bien a efectos de completar la Red del Estado permitía la autorización provisional de estaciones privadas que podrían funcionar ^{hasta} Enero de 1.933 en cuyo momento podrían ser rescatadas. Al amparo de esta norma se crearon varias emisoras privadas, aunque con anterioridad ya existían otras, sometidas a las intervenciones previstas en el Decreto. La ley de 19 de Marzo de 1.928 autoriza de nuevo al Gobierno a otorgar autorizaciones y los Decretos de 7 de Julio de 1.928 y 24 Enero de 1.929 autorizan 14 estaciones privadas. Después de este último Decreto no se autorizó ninguna otra emisora privada, lo que, por otra parte, hubiera debido revestir forma de ley de acuerdo con lo dispuesto en la de 20 de Marzo de 1.936.

Por otra parte la Administración interviene cada vez más en estas estaciones privadas, y así en Septiembre de 1.939 se obliga a las mismas a transmitir informaciones de la Red del Estado.

La situación de estas emisoras se configuraba como precaria (60) y, sin embargo, el Consejo de Estado en su arrêt "Ste. Languedocienne de T.S.F." había anulado una decisión administrativa retirando una autorización de funcionamiento; no habiéndose expresado la causa de tal retirada, el Consejo busca las razones de la retirada de la autorización y consta

(60) Dalloz. Enciclopedia pag. 652 Tomo 2

tañ que no está inspirada en motivos relacionados con el interés general y por consiguiente anula la decisión.

Como se ve la situación, si bien precaria en cuanto ningún derecho existe por parte del titular de la autorización en cuanto se le opone una razón de interés público, no está sin embargo sometida al libre albitrio de la Administración.

Junto a las estaciones privadas existe una actividad pública encomendada en un principio a la Administración de P.T.T. quien en 1922 se encarga de crear las primeras estaciones del Estado.

Por Decreto ley de 29 de Julio de 1939 los servicios de radiodifusión se independizan de los P.T.T. configurándose como Administración autónoma dependiente de la Presidencia del Consejo bajo la denominación de Administración de la Radiodifusión Nacional. Debe señalarse que durante este periodo la realización de los programas se encomienda a entidades particulares relacionadas con el servicio (6/).

Las leyes de 1-X-1941 y 7 Noviembre de 1942 derogadas en Agosto de 1944 y restablecidas en Diciembre del mismo año van a regular la radiodifusión en Francia, que como se

(6/) Vid. Charles Debbash. Que sais-je? pg. 18

ha dicho, desde 1945 constituye un monopolio de hecho con excepción de las estaciones periféricas. El decreto de 9 de Febrero de 1949 le da el nombre de "Radiodifusión-Televisión Francaise" RTF. Antes, la ley del 7 de Noviembre de 1942 encomendó la gestión de la Radiodifusión a un Consejo y a un Administrador general creándose un presupuesto independiente para el servicio.

Durante este periodo 1939-44 se acentua pues la autonomía del servicio, no solo mediante órganos propios, sino también mediante un presupuesto independiente.

Tras la liberación se anulan inicialmente las leyes 1-10-41 y 7-11-42, en 9-8-44 para ser restablecidas en 12-44, sin embargo desde esta fecha y hasta 1958 apenas existe cambio alguno digno de mención en la radiodifusión.

Es la crisis de Argelia, con la importancia que adquiere la radiodifusión a ~~transistores~~ ^{la} y de la 4ª República en ese mismo año la que pone sobre el tapete el tema del estatuto de la radiodifusión; se trata de decidir claramente cual es la posición del órgano encargado de la misma con respecto al poder público, etc. Así la ordenanza de 4 de Febrero de 1959 confiere personalidad jurídica a la R.T.F. constituyéndola en establecimiento público. Sin embargo, la ordenanza del 59 apenas supone otro cambio con respecto a la situación anterior que su significado indicativo que tiene de la toma de conciencia existente en el país sobre el problema;

pero lo cierto es que en lo esencial la situación sigue siendo la misma (62). Sin embargo el tema de una definición y Reorganización del Servicio está en el ambiente y tras la propuesta de André Diligent el gobierno promete un estatuto que será aprobado por ley de 21 de Junio de 1964 creando la ORTF.

La aprobación del Estatuto estuvo erizada de dificultades por la manifiesta oposición del gobierno en dejar en manos del Parlamento la resolución del problema. Dos grandes principios están en pugna: la libertad de expresión y la intervención administrativa; nadie discute la necesidad de ambos pero cada lado teme que la influencia de un principio ahogue otro. Así el Gobierno, antes de someter al Parlamento la aprobación del estatuto, trata de aprobarlo directamente alegando que pertenece al dominio reglamentario según la Constitución del 58. Sin embargo, el hecho de que la Ordenanza de 4 de Febrero 1959 hubiese sido adoptada en virtud de poderes extraordinarios exige para modificarla el acuerdo del Consejo Constitucional que al decidir en 19 de Marzo 1.964 que la fijación de las reglas concernientes a la creación de categorías nuevas de establecimientos públicos pertenece al Parlamento, obliga al Gobierno a pasar por la discusión parlamentaria que termina por fin aprobando el Estatuto.

(62) Unicamente como señala Boissou, se ha avanzado en el sentido de poder realizar operaciones comerciales que antes se veía obligada a realizar por medio de otros entes como el SOFIRAD.

Las líneas generales de éste consiste en otorgar personalidad jurídica y autonomía a la O.R.T.F. que queda sometida a la tutela del Ministerio de Información; el ente estaba regido por dos tipos de órganos, uno unipersonal y otro colectivo:

El primero -Director General- aseguraba la unidad de gestión del Ente y era nombrado por el Gobierno y podía ser libremente revocado por él.

El segundo -Consejo de Administración- pretendía ser la garantía de la democracia y de la libertad del ente.

La experiencia de estos años ha puesto de manifiesto la inoperancia del Consejo de Administración y la falta de autonomía del ente.

Desde la creación de la O.R.T.F. hasta la nueva ley de Julio 1972 podemos distinguir dos periodos: hasta Mayo del 68, y desde Mayo del 68 hasta Julio 1972. En ambos, lo relevante son los polos que centralizan la tensión y la polémica: intervención y libertad. El Estado monopoliza la televisión para garantizar la independiencia y libertad pero el equilibrio es muy difícil y siempre se rompe en uno y otro sentido.

Primer periodo: la ley de 27 de Junio es completa da por una serie de Decretos que regulaban distintos aspectos del ente (63). El Decreto 64-736-22 Julio 64 fijó en 16 el número de miembros del Consejo de Administración que la ley había establecido que se comprendía de 14 a 28 miembros.

De estos 16, la mitad eran representantes del Estado libremente removibles y de los otros 8 el Estado por medios directos controlaba totalmente 4 y por medios indirectos 2 (64

En esta situación fácilmente se comprenderá que el Gobierno tenía en la mano todo el ente por muy autónomo que se declarase, pero no solo era el control personal lo que hacía ficticia la autonomía de L'ORTF, otros problemas contribuían a hacerla ineficaz.

- Por una parte el estatuto del 64 definía con gran amplitud el alcance de la tutela del Ministro de Información.

"Est placé (L'O.R.T.F.) sous la tutelle du Ministre chargé de l'information qui s'assure du respect du monopole d'émission, veille a l'observation des Obligations generales decoulant du caracter de service public de L'Office, approuve conjointement avec le ministre de Finances et des Affaires économiques le budget de L'Office et contrôle l'utilisation que celui-ci fait de ses ressources"

(63) D.720 de 22-6-1964 sobre Comité de Programas; D.737/64 sobre régimen financiero y contable; D.4738/64 sobre personal; D. 739/64 sobre periodistas, entre otros.

(64) Boissou pg 1162

- Por otra se atribuían al Consejo de Administración, que era el órgano democrático del mismo, unas funciones paralelas a las de la autoridad de tutela, con lo que su misión quedaba desdibujada y limitada a órgano meramente consultivo.
- Su función de deliberar el presupuesto y controlar su ejecución no tenía apenas trascendencia puesto que ~~su~~ aprobación correspondía a la autoridad tutelar junto con los ministerios competentes.

Su función de definir "las reglas generales de actuación del establecimiento calidad y moralidad de los programas objetividad y exactitud de las informaciones" y verificar "que las principales tendencias de pensamiento y grandes corrientes de opinión puedan expresarse por medio de L'Office (art. 4º) es letra muerta desde el momento en que semejante misión le está conferida al Ministro de Información ("obligation") y sobre todo y fundamentalmente desde el momento en que el Director General nombrado y recovado libremente por el Gobierno, sin intervención del consejo, no es en ninguna forma responsable ante este último.

Un arreté del Ministro de Economía y Finanzas de 31 de Julio de 1964 da al Interventor del estado unos poderes de control que dan lugar a la autorización previa de una serie de gastos y compromisos con alcance económico lo que burocratiza la marcha del establecimiento.

La experiencia de los primeros años no ha podido ser más negativa, incluso aquellos autores como Debbash que acogieron con satisfacción y esperanza el estatuto del 64 han modificado ostensiblemente su posición (65).

El propio Senado votó en 14 Diciembre de 1967 una resolución creando una comisión de control que debería dictaminar sobre la problemática de la radiodifusión televisión francesa en relación con el cumplimiento de su misión.

El 13 de Abril de 1968 la comisión entregó su informe de 374 páginas en que se ponía de relieve las principales dificultades suscitadas desde la implantación del servicio, en el sentido que se ha expuesto más arriba y se proponían soluciones (66), entramos con ello en el segundo periodo a que más arriba nos hemos referido; en el comienzo de esta nueva etapa tuvo gran importancia la huelga del personal de televisión con motivo de la información sobre los sucesos de Mayo. Merece destacarse que, aunque esta huelga terminó con una serie de pequeñas mejoras económicas, no fue una huelga clásica. Los motivos iniciales fueron más profundos y se situaban a nivel de exigencia de una Organización mas adecuada de la Televisión para satisfacer el fin para el que se había constituido. El planteamiento no fue, como vemos, simple

(65) Debbash. A.J.D.A. Octubre 64 "De la R.T.F. a O.R.T.F" La revue Administrative -Julio Agosto 72. L'evolution des monopoles de TV. Que sais je? pg 39 Le Droit de la Radiotelevisión.

(66) A.J.D.A. julio agosto 68

"y efimera" flor de Mayo sino que respondía a unas inquietudes presentes en la conciencia de los sectores más representativos del país (67)

Esta crisis de la O.R.T.F. en la conciencia pública, agravada por los sucesos de Mayo, dio lugar a una serie de reformas cuyo carácter fundamental no alcanzó en realidad más que los aspectos financieros.

a) El Consejo Constitucional había resuelto en 1 Febrero de 1968 no ser necesariamente del dominio de la ley la autorización de obtener recursos de la publicidad como exigía el art. 52 de la ley de 23-XII-1960 (Ammendement Diligent) que es en este punto inconstitucional. La utilización de nuevas fuentes financieras por ORTF será del dominio de la ley dice el Consejo Constitucional, cuando afecte a las normas constitutivas del establecimiento. Por este cauce se introduce la publicidad de marcas de la TV. que cada vez tendrá más importancia en sus presupuestos.

b) El Decreto de 20 Agosto 1968 y el Decreto del 28 del mismo año y mes modifican el consejo de Administración del "Office" aumentando el número de miembros de 18 a 24. De ellos la mitad son representantes del Estado y cinco al menos deben ser miembros de órganos prestigiosos (Consejo del Estado, Tribunal de Cesación, Tribunal de Cuentas, Universidad y Cuerpo Diplomático), cinco son elegidos por el personal (que

(67) Sobre la huelga de los empleados de la ORTF puede verse el libro de Roger Louis "L'ORTF, un combat".

ve así aumentada su representación) según las distintas categorías (uno por realizadores y productores), uno por los periodistas y tres por el personal estatutario); uno por los auditores y televidentes y dos por la prensa; los otros cuatro son las altas personalidades ya previstas anteriormente.

c) El Decreto 13 Septiembre 1968 suprime el S.L.I.I. (Service de Liaison Interministerial pour l'information) órgano creado en 1963 y a quien los huelguistas de Mayo del 68 imputaban una importante responsabilidad en la falta de objetividad de las emisiones. Sin embargo por Decreto de 2-XII-1968 se crea un nuevo Comité Interministerial encargado de coordinar la información de los distintos departamentos cuya aparición es vista con suma desconfianza en cuanto sucesor del S.L.I.I.

d) A partir de agosto de 1968 se produce una gran reducción del personal que afecta sobre todo a los huelguistas de Mayo.

e) Las primeras medidas afectan a aspectos financieros y contables del Office; desde la ley de 27 de Junio 1964 el control del Office era análogo al de las Empresas nacionales y de conformidad con el arreté del 31 Julio 1964 continuaba la necesidad de una previa autorización del Interventor del Estado en una serie de supuestos; el Decreto de 26-XII-1968 y arreté de 30-XII-1968 establecen las atribuciones del Interventor del Estado en cuya virtud este tiene (voix) con-

sultivo deliberante en todos los comités del establecimiento y ejercita un control "a priori" o "a posteriori" según los casos de los actos de gestión del Office; gestión que se extiende no solo a la legalidad sino también a la oportunidad.

El Decreto de 24-XII-69 y arreté del Ministerio de Economía y Fianzas de 24-XII-69 ha suavizado en parte este régimen reduciendo los actos que deben ser sometidos a autorización previa. También regula el Decreto ultimamente citado la forma de hacer el presupuesto que tiene un carácter más funcional y cuya formación se unia con un estado de previsión de ingresos y gastos que aprueba el Director General de la O.R.T.F., según modelo del Ministerio de Economía, y que se refiere a partidas globales; es este estado el que aprueba el Consejo de Administración antes de remitirlo al Ministerio de Información y de Economía.

f) Los Decretos 69-1187 y 1188 de 24-XII-1969 modifican el estatuto de personal y de periodistas atribuyendo al Director General de L'ORTF competencias anteriormente reservadas al Ministerio relativos a definiciones y clasificaciones.

g) El 22 de Junio de 1969 es suprimido el Ministerio de Información que ejercia la tutela sobre el ORTF,

h) En Septiembre y Noviembre de 1969 se separan los servicios de Información de las dos cadenas de cara a mejorar los servicios informativos creando una situación competitiva con una cierta competición entre ellos. Los servicios de información de la primera se encomiendan a uno de los huelguistas del 68 y los de la segunda a uno de los ^{ant-}huelguistas.

Todo este conjunto de retoques al estatuto del 64 se produce como se ve en los años 68 y 69. La conciencia pública se había sensibilizado por los problemas de la información. Se trata entonces de dar una mayor autonomía al Office en el aspecto financiero sobre todo. La modificación del Consejo de Administración, aumentando la participación del personal no supone sin embargo un fortalecimiento de este órgano. En definitiva como señala Jacques Chevallier (68) las modificaciones son fundamentalmente financieras. La única que se dirige a conseguir una cierta independencia en la información a través de la separación de los servicios de ambas cadenas, tras un breve periodo esperanzador, pronto sufre una serie de ataques que limitan todo su alcance: De una parte miembros de la mayoría denuncian en el Parlamento el "gauchisme" de la información de la primera cadena (69). De otra, el año 1970 marca el principio de una censura de programas y de personas denunciada en el Parlamento y por los propios periodistas (70).

(68) Jacques Chevallier. Droit Social nº 8 y 9 1972 pag. 356.

(69) Asamblea Nacional sesión 21-XI-69 pag 4216, 4225 y 4226.

(70) Le nouvel Observateur 2-XI-70. Jacques Chevallier ob. cit. pag. 362 y 363.

Chevallier ha mostrado las cuatro características de la programación a partir de este momento:

- 1) Reducción de los aspectos políticos a los programas informativos.
- 2) Prioridad a espectáculos y variedades dirigidas a distraer al público.
- 3) Supresión de la iniciativa y creatividad personal de los autores dando preferencia a la cultura tradicional.
- 4) Evitar toda emisión que pueda afectar en cualquier medida a los auditores.

Se ve así una masificación de la información y de la cultura a un relajamiento de nivel.

Esta política sin embargo no puede evitar que surjan una serie de "affaires" que van a transformar totalmente la estructura del Office. El "Affaire" de la publicidad clandestina va a llevar a una nueva organización de L'ORTF aprobada por ley de 3 de Julio de 1.972.

El asunto de la publicidad clandestina comienza a cobrar virulencia cuando M. Diligent lo denuncia en el Senado el 29 de Noviembre de 1971; en el mes de Abril ve la luz el informe de la comisión del Senado sobre el asunto. Las interpretaciones sobre las causas del asunto son muy variables y no faltan los que achacan todo a la liberización iniciada

en el 68 y 69 (71). Sin embargo la publicidad no es el único problema de la ORTF: junto a él está el de la burocratización de la gestión y el de la diversidad de personal. Todo ello lleva al Gobierno a dar una nueva estructura a la ORTF; la ley de 3 de Julio de 1.972 da una nueva estructura al servicio.

Es todavía muy pronto para valorar el alcance de la reforma, por otra parte tampoco es unánime la opinión sobre su alcance; mientras para unos (72) se trata de controlar más todavía el ORTF por el Ejecutivo; para otros se trata de efectuar una descentralización que acabe con el monopolio (73).

La ley en su conjunto ha sido calificada como ley cuadro que permite al Ejecutivo actuar en uno u otro sentido.

En definitiva la reforma del 72 en el plano práctico no parece haber modificado el "status questionis". Sin embargo diversos autores han constatado la crisis del mito del monopolio del servicio. Por una parte los Parlamentarios se han planteado la cuestión en el curso de los debates, sobre todo los republicanos independientes. Por otra parte la doctrina se ha planteado el tema, y el hecho de que esto haya ocurrido indica que el principio

(71) Jacques Chevallier. Ob. Cit pag. 366

(72) Demiziere. Le Monde 14 Junio 1.972
Durieux. Le Monde 27 Junio 1.972

(73) Gremieux. Le Monde 14 Junio 1.972

ha perdido su carácter axiomático; y, no sólo son las razones técnicas las fundamentales como afirma Chevallier, si no otras más profundas como destaca Debbash.

Si el monopolio se justifica por razones técnicas la técnica se ha encargado de aportar soluciones al problema. La televisión por cable, los videocassettes, la televisión directa por satélites sin estaciones intermedias, parecen amenazar el monopolio estatal pero aún cuando esto no fuese así, aunque solo pudiese disponerse de pocas frecuencias para las emisiones de televisión, la doctrina empieza a preguntarse si este argumento es definitivo y si en todo caso no es mejor la concurrencia de varios aunque sean pocos, que el monopolio exclusivo.

El problema del monopolio había sido analizado en la doctrina francesa por diversos autores. Naturalmente que el rango legislativo de las normas que consagraron el monopolio impedían una discusión de derecho positivo sobre las mismas; sin embargo, el carácter de ese monopolio influía de alguna forma en el conjunto de relaciones jurídicas que podían derivarse de la situación de los particulares con respecto al Servicio.

Ya antes de que el monopolio de hecho se instaurase con la retirada de las autorizaciones a los particulares, el tema había tenido relevancia jurídica. El monopolio no tiene mero carácter fiscal sino de Servicio público; si el Estado se reserva la actividad es porque

lo considera más conveniente para la prestación del Servicio; de aquí que el Comisario del Gobierno M. Chenot fundándose en decisiones anteeiores del propio Consejo del Estado que cita expresamente (Caisse primaire Aide et protection 13 Mayo 1.938; Compagnie Maritime Afrique Orientele 5 Mayo 1.944) concluya que:

" il est donc possible aujourd'hui de dire qu'en dehors de toute gestion administrative et de toute concession, un system d'autorisation préalable peut être fondement d'un regimen de service public. Il suffit pour en affirmer l'existence de constater que la permission administrative accompagnée de droits et obligations qui determinent, pour une part plus au moins large, les conditions mêmes de l'exploitation d'une entreprise, en marge des regles communes de la gestion privéé"

Como se ve el Comisario del Gobierno va afirmando las razones que inexorablemente llevan a la conclusión de estar ante un servicio público. En primer lugar se afirma el interés general de la difusión de informaciones y de la cultura. En segundo lugar se hacen referencia a las condiciones técnicas que bastan para oponerse al libre juego de la iniciativa privada.

Por último se añade un argumento adicional; la demanialidad del espacio.

Si el monopolio tuviese un simple carácter fiscal la situación de la Societe Radio Atlantique, resultaria de las condiciones de su autorización; sin embar

go, el carácter de servicio público que tiene la radiodifusión modifica la situación. El Comisario del Gobierno y el propio Consejo de Estado van a basar su caracterización de servicio público virtual en los mismos motivos que podían justificar el monopolio, si bien este no necesitaba ninguna justificación desde el momento que estaba consagrado por una norma con rango suficiente.

Lo que ocurría en realidad es que la Sociedad Radio-Atlantique no era formalmente concesionaria de ningún servicio, y así lo reconoce el Comisario del Gobierno, sino simple autorizada y por tanto si la Administración no había encomendado al particular mediante concesión la prestación del servicio de cuyo monopolio disfrutaba era porque justamente no quería hacer tal concesión. Por eso Marcel Waline (74) ha criticado con dureza no -- exenta de ironía la Decisión del Consejo de Estado; "Nadie parece haber confiado nunca a esta sociedad una misión de servicio público, se le había dado una autorización, lo que es muy diferente. Por el consejo de Estado se ha enterado de que desde hacía mucho tiempo estaba encargada de un servicio público; Ha debido verse sorprendida: nunca se lo había dicho nadie".

Se trata de una creación jurisprudencial a posteriori de la actividad administrativa de la autorización descubriendo en esta los motivos que sirvieron de justificación del monopolio.

(74) Revue du Droit Public et de la Science politique
Mayo-Junio 1961 pag. 715

En realidad la doctrina sentada en este caso concreto re vela una cierta contradicción: Si la escasez de ondas, - la demaniabilidad del espacio y el interés público ha da do lugar al monopolio, el que el Estado renuncie a él - con una simple autorización, que no concesión, olvidándo se de las razones que han exigido, no puede después justi ficarse explicando que esa autorización se hace sin per- der de vista el interés público la escasez de ondas etc. de cara al particular autorizado, pues en ese caso no de bió de autorizarse, sino concederse.

Lo que pasa es que el Régimen del Monopolio se - aplicó a la Radiodifusión por mimetismo sin que aparezcan claras sus razones; El Estado ante esta situación legis- lativa lo que hace al autorizar el funcionamiento de las emisoras es dispensar, o derogar el monopolio como lo ex presan las disposiciones citadas, (Decreto-Ley 27-XII- 1.851 y Ley 30 Junio 1.923) pero no conceder a los parti- culares el ejercicio de la actividad; buena prueba de -- ello es el esfuerzo del Comisario del Gobierno por demos trar que se trataba de un servicio público virtual única forma de conseguir, en defecto de concesión una justifi- cación de la decisión administrativa de retirar la auto rización de funcionar a la recurrente.

En cualquier caso lo que nos muestra esta juris prudencia es el carácter de servicio de la actividad, - sea exclusiva de la Administración o nó y las razones que

explican ese carácter que perduran a lo largo de la doctrina posterior y que sirven para explicar el monopolio, aunque como vemos en su origen no se utilizan solo para explicar este.

La escasez de las ondas y los problemas técnicos que plantean es una de las constantes en la justificación del monopolio. La naturaleza de la actividad avocaría a un monopolio de hecho; de aquí que sea más oportuno regularlo como tal desde un punto de vista jurídico, en favor del Estado y de tal forma que se asegure su independencia y libertad: así Walme en sus "Precis" (75) afirma que no hay libertad de hecho en estas materias, - pues la libertad de derecho conduciría al oligopolio.

Por su parte Laubadere en su "Traite Elementaire" (76) hace afirmaciones más matizadas si bien reconociendo que los problemas técnicos juegan un papel importante que exigen, desde luego, que el estado no se desinterese; si bien el grado en que lo haga dependerá también de otros factores concurrentes políticos, financieros, etc. Además Laubadere señala el principio constitucional que está en juego: la libre expresión del pensamiento.

Charles Debbash en 1.967 sostenía que la resonancia nacional de la radiodifusión justificaba por sí sola la intervención del Estado (77).

(75) Precis de Droit Administratif pag. 511

(76) Traite Elementaire du Droit Administratif pag. 310

(77) Charles Debbash "Traite du droit de la radiodiffusion.." pag. 5.

Sin embargo en los últimos tiempos puede constatarse una crisis del principio axiomático del monopolio. Si este se justificaba con vista a evitar monopolios de hecho se cae en el peligro serio de entregarlo a la fuerza política que se asiente en el poder en cada momento. La experiencia francesa es una buena muestra. De aquí que se haya puesto sobre el tapete la cuestión ¿No será mejor el oligopolio que el monopolio en cualquier caso?. Con ocasión de la discusión de la nueva ley de 3 Julio 1.972 la cuestión ha saltado a la calle y a las Asambleas.

Debbash ha modificado en parte su posición - mostrándose partidario de una cierta concurrencia de - un sector público y un sector privado no totalmente descontrolado (78).

Chevallier sin embargo sigue sosteniendo el monopolio, tal vez porque el dilema se lo plantee solo entre monopolio y libertad cuando sin duda cabe otra tercera vía.

Desde otra perspectiva puede apuntarse la decadencia del monopolio y es la perspectiva técnica, cuya temática ha planteado en Francia los mismos problemas - que en los demás países como en otro lugar se verá. Todo ello explica la crisis del principio del monopolio;

(78) Charles Debbash "L'evolution des monopoles de Télévision". La Revue Administrative 1.972.

recientemente la destitución en Octubre de 1.973 del Presidente Director General de la ORTF ha puesto de manifiesto las dificultades de lograr una independencia del Organismo respecto, del Poder público; El estatuto aprobado por ley de 3 de Julio de 1.972 pretendia ga - rantizar tal independencia estableciendo en su artículo 9 que "el Presidente Director General es nombrado por 3 años, por Decreto del Consejo de Ministros entre los miembros del Consejo de Administración" y precisamente en la Asamblea Nacional se subrayó esa duración de tres años en el cargo como la mejor garantía de la indepen - dencia frente al poder público; sin embargo la realidad se ha encargado de demostrar la insuficiencia de esa ga rantía cesando al Presidente Director General en cuanto tal y en cuanto miembro del Consejo de Administración ya que respecto de estos últimos, entre los que se de - signa el Presidente, y por lo que se refiere a los repre sentantes del Estado, en cualquier momento puede ponerse fin a su mandato (art. 6 ley de 3 Julio 1.973).

El hecho ha suscitado vivas polémicas pero en - cualquier caso la justificación del monopolio va debili tándose cada vez más (79). M.Comte, Presidente Director General cesado, habia señalado que su presidencia cons tituia la última oportunidad del monopolio por lo que si

(79) Vid. Le Monde 2-XI-72 pag.17. Charle Durieux parece entrever en un futuro la concurrencia de la Televi sión oficial con servicios privados.

la experiencia fracasaba nada se opondría a la privatización a la radio-televisión (80). Los Sindicatos también se han manifestado en contra de la privatización que creen observar en la descentralización de ORTF puesta en marcha tras el cese de M. Comte mediante la creación de establecimientos públicos filiales de la ORTF pero con su propio Director General, designado por el Presidente de la ORTF y su Consejo de Administración; descentralización prevista en la ley de 3 de Julio 1.972 pero paralizada hasta ahora por las dificultades de todo tipo, especialmente financieras que el proyecto presenta. Merece la pena subrayarse que los partidos de izquierda y los sindicatos prefieren el monopolio a la libertad en esta materia, pese a que en la actualidad denuncian la utilización partidista de la televisión. Esta postura es sin duda coherente con la concepción socialista del Estado pese a que en la actual situación de Francia solo puede explicarse con la esperanza de llegar algún día al poder y encontrarse así libres de una concurrencia de los particulares (recordando el papel jugado en Chile por las televisiones privadas en la espera del golpe de Estado).

(80) Ver "Le Monde 24-10-73" pag.1. "A chacun son Cox.." Pierre vigusson-Pouté.

ITALIA

En Italia la asimilación de las comunicaciones por ondas hertzianas con los demás medios de comunicación se afirmó en la ley 395 de 30 de Julio de 1.910 y su reglamento aprobado por R.D. de 1 de febrero de 1.927, reservando la primera de estas al Gobierno el establecimiento y ejercicio "di impianti radiotelegrafici radio telefonici e in generale de tutti quelle per iguali nello stato e nelle colonie dipendenti, a terra e sulle navi, si impiega energia allo scopo di ottenere effetti a distanza, senza l'uso di conduttori".

En el Real Decreto 1.067/8-II-1.923 se concreta más precisamente la reserva en favor del Estado de las comunicaciones por medio de ondas electromagnéticas.

El Real Decreto Ley 1 Mayo 1.924/665 emplea por primera vez la expresión "radioaudizione circolare" que distingue a la radiodifusión de las demás formas de comunicación.

Por su parte el Real Decreto de 10 de Julio 1924/1226 definia el contenido de la radiodifusión.

La norma fundamental en la materia, a los efectos que a nosotros nos interesa, es el Código Postal aprobado por Real Decreto de 26 de Febrero de 1.936/45 dictado por el ejecutivo en virtud de los poderes que con la ley de 13 abril 1.933 se le concedian no solo para reunir las normas de caracter legislativo vigentes sino para modificarlas e

integrarlas.

El Código Postal de 27 Febrero de 1.936 atribuía al Estado en exclusiva, no ya el establecimiento si no los servicios de telecomunicación.

Entretanto, y con anterioridad, por Real Decreto de 14-XII-1.924/2.191 se había atribuido a la Unione Radiofónica Italiana (U.R.I.) la concesión en exclusiva durante seis años del servicio de radiodifusión, que después el Real Decreto Ley 2.207 de 17 Noviembre 1.927 y Real Decreto 29-XII-1.927, transformaría en concesión exclusiva durante 25 años al "Ente Italiano per le audizioni Radiofoniche" (E.I.A.R.) en que había de transformarse la U.R.I con una mayor intervención del Gobierno en el ente concesionario.

Por Decreto 180 de 26 Enero 1.952 se renueva la concesión a la R.A.I (Radio Audizione Italiana) del servicio de Radiodifusión por 20 años, comprendiendo radiofonia y televisión, y la teledifusión por hilo este último sin exclusiva. La R.A.I era la E.I.A.R transformada en 1.944 (8/).

El monopolio del servicio definido en el Código Postal presenta dos aspectos distintos; por una parte es una actividad que el Estado asume en exclusiva y por otra es actividad que, de hecho, hasta ahora, viene siendo prestada en exclusiva por la RAI.

(8/) En 1.954 se añade a la denominación la palabra Radiotelevisione Italiana (RAI-Radio Televisione Italiana).

Ninguno de los dos aspectos ha sido pacíficamente admitido en Italia; la posibilidad de un control de la constitucionalidad de las leyes, incluso aunque sean anteriores al estado surgido con posterioridad a la guerra, ha dado lugar a diversas resoluciones de la Corte Constitucional (82) sobre la legalidad del monopolio establecida en el Código Postal; pese a ello las pretensiones de inconstitucionalidad se siguen planteando. Sentencias de la Corte Constitucional de 13 de Julio 1.960 nº 59. 8 Junio 1.963 nº 81. 6 Julio 1.965 nº 58.

Merece destacarse la resolución del Consejo de Estado de 15 de Julio de 1.959 en procedimiento promovido por la sociedad "Il tempo" en que entre otras cosas se sostiene la constitucionalidad del monopolio que había sido atacada desde dos puntos distintos:

1º) Por una parte se afirmaba que el Código Postal de 27 Febrero 1.936 se había excedido del mandato de la ley de 13 Abril 1.933 al incluir entre los servicios exclusivos del estado el televisivo cuando las normas anteriores no se referían a él. Sin embargo, ciertamente la Ley de 13 de Abril otorgó al Gobierno una amplia autorización incluso para modificar normas e integrarlas y además, en normas anteriores al Código Postal, ya se había hecho referencia a la televisión aunque en la práctica no se instalaba hasta mucho después.

(82) Augusto Fragola. La Radiotelevisione nella Giurisprudenza. pg.12 y 55.

29) Por otra parte la sentencia de la Corte Constitucional de 13 Julio 1.960 afirmaba la constitucionalidad del artículo 1 y 168 nº 5 del Código Postal; el primero reservaba al Estado en exclusiva los servicios de telecomunicación; el segundo permitía la concesión mediante Decreto del Jefe del Estado de los servicios cuyo objeto fuere "l'impianto e l'esercizio dei servizi di radiodiffusione e di televisione".

La inconstitucionalidad se pretendía fundamentar en el artículo 41 de la Constitución referente a la libertad e iniciativa económica privada; frente a ello - el artículo 43 de la Constitución permite para "fines de utilidad general" reservar o transferir al Estado Empresas que se refieran a "servicios públicos esenciales" o a "situaciones de Monopolio" que tengan carácter de preeminente interés general.

La sentencia de la Corte Constitucional de 13 Julio 1.960 fundamentaba la constitucionalidad de la reserva en exclusiva al Estado del Servicio, en el hecho de que "dada la actual limitación de hecho de los canales utilizables, la radiotelevisión se caracteriza indudablemente como una actividad predestinada en régimen de libre iniciativa, cuando menos, al oligopolio".

La solución dada por la Corte Constitucional no ha dejado de ser muy criticada pues se afirma que si bien

el artículo 43 de la Constitución autoriza la reserva "al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios de determinadas Empresas o categorías -- de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general", sin embargo, para que pueda efectuarse tal reserva hace falta que se den los supuestos a que se refiere la Constitución y ni se está ante una situación de monopolio, sino en el -- peor de los casos de oligopolio, ni es pacífica la opinión sobre el preeminente interés general.

La Sentencia de la Corte Constitucional que comentamos de 13 de Julio 1.960 justificaba el monopolio por encontrarse el Estado "institucionalmente en las mejores condiciones de objetividad e imparcialidad": tal afirmación ha sido muy discutida y recientemente pueden citarse dos resoluciones de la Pretura de Omegna y de Macerata de 14 de Enero de 1.972 y 17 Enero 1.972 que declaran no ser manifiestamente infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional del artículo 1,166,168 nº 5 del Código Postal pese a la sentencia de la Corte Constitucional de 13

Julio 1.960, basando dicha opinión en razones técnicas -- que excluyen un monopolio de hecho absoluto y en el derecho, tanto el establecimiento de empresas de carácter económico que tutela el artículo 41 de la Constitución, como

a la libertad de pensamiento que ampara au artículo 21 (83).

Por otra parte la propia sentencia de 13-VII-1.960, como contrapartida del monopolio que se otorgaba al Estado le imponía la obligación de "asegurar en condiciones de imparcialidad y de objetividad, la posibilidad potencial de gozar a quien sea interesado en valerse para la difusión del pensamiento en sus distintas formas de manifestarse".

Sin embargo no existe una regulación del acceso a la televisión de los distintos grupos políticos y sociales e incluso el Tribunal de Roma en Sentencia de 12 de Marzo de 1.969 ha rechazado la demanda del Partido monárquico nacional que se había quejado de no haber sido admitido a varias transmisiones televisivas políticas y electorales y solicitado una indemnización.

Tal resolución ha puesto de manifiesto la insatisfacción del actual sistema monopolístico de la televisión.

En cuanto al segundo aspecto del monopolio, es decir, en cuanto a la concesión a una única sociedad también ha tenido ocasión de pronunciarse la Corte Constitucional en sentencia de 6 de Julio 1.965 nº58.

El artículo 168 nº 5 del Código Postal admite la concesión de los servicios de radiodifusión y, sin em

(83) Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale
1.972

bargo, la Constitución vigente en su artículo 43, que es el que ampara el monopolio televisivo, admite la reserva originaria o la transferencia, previa indemnización, de determinados servicios, en "favor del Estado, Entidades públicas, o comunidades de trabajadores o usuarios". La cuestión era si esta reserva excluía la posibilidad de concesión a una entidad privada como era la RAI-TV del servicio de televisión. La sentencia afirma que no estando excluida la concesión por el artículo 43 y estableciéndose en el acto concesional una serie de medidas de control e intervención, tal forma de gestión no es anticonstitucional.

Doctrinalmente también se ha distinguido entre titularidad y ejercicio (84) en relación con esta sentencia. El artículo 43 se refiere a la titularidad de la actividad y no a su ejercicio; otorgada aquella al Estado en lugar de a las demás colectividades previstas en el artículo, su ejercicio seguirá las normas peculiares y propias del Estado y entre ellas la concesión.

La doctrina italiana no ha permanecido al margen de esta discusión. La polémica sobre monopolio o libertad no solo desde el punto de vista de lege data sino de lege ferenda ha sido planteada (85). Sin embargo una parte de la doctrina ha señalado no ser este el nudo de la cuestión; así para Chelli la cuestión es el tipo de -

(84) Enzo Chelli. ob. cit.

(85) Sergio Fois, Libertà pg. 95.

relación de dependencia entre la organización del Servi
cio y el Estado. Paolo Barile por su parte puso de relie
ve en el "Incontro" que tuvo lugar en la sede del I.S.L.E
(Istituto per le Documentazione e gli studi legislativi)
en Julio y Octubre de 1.970, cómo los problemas de la RAI-
TV, y ello puede aplicarse a cualquier país, son proble-
mas de estructura.

Los debates del "Incontro" se centraron sobre
todo en el tema del monopolio, no tanto en cuanto examen
de textos legislativos y constitucionales, sino en cuanto
a las obligaciones que la asunción de la actividad radio
televisión en exclusiva, comporta para el Estado.

El problema fundamental es el de saber hasta qué
punto ciertamente el Estado se haya institucionalmente en
las mejores condiciones para garantizar la objetividad de
la información o es necesario arbitrar un sistema que efec-
tivamente garantice esa objetividad. La televisión por
otra parte no es solo un instrumento de información, es -
también, un instrumento de cultura, de ahí que algunos sos-
tuviesen que es al Ejecutivo a quien corresponde la direc-
ción de esa cultura.

La doctrina italiana es consciente de los pro-
blemas que tiene la posibilidad de una real objetividad
(86): siempre existirán presiones del Gobierno o de los po-
tentes grupos económicos; pero en cualquier caso existe
también una toma de conciencia de la insatisfacción de la
actual organización.

(86) Ugo de Siervo. Liberta pag.76.

Los problemas a que debe responder la reorganización del servicio son aquellos que, al dificultar la imparcialidad y objetividad del mismo, dejan desprovisto de significado el monopolio: ¿Quién tiene el poder directivo? ¿Quién controla? ¿Cómo pueden los particulares acceder al medio? (87) (88).

Planteados así los problemas algunos piensan en la posibilidad de someter el servicio a un especial control parlamentario, otros piensan que es mejor un control del ejecutivo, otros en una intervención de Asociación de telespectadores.

No es este el lugar, ni nos corresponde, de dar una solución a los problemas, pero sí destacar la importancia que los problemas de organización del servicio están cobrando, más allá del tema de monopolio o libertad, aunque la solución no sea unánime. Para unos al Ejecutivo corresponde la dirección de la cultura y por tanto la dirección del instrumento de cultura que es la televisión. Para otros la misión del Ejecutivo en materia cultural no justifica su exclusividad como no la justifica en materia de enseñanza, por ejemplo. Cuando se contempla la cuestión desde el punto de vista del carácter informativo, opinan unos que representando ^{este} a la Nación el Gobierno, es el más indicado para dirigir la televisión, otros por el contrario señalan su esencial imposibilidad para permitir

(87) Paolo Barile. Libertadi espressioni e organizzazione radiotelevisiva. pag. 24 y 120.

(88) Augusto Fragola. Libertà pag. 70

una información u opinión que pueda hacer tambalear su posición (89) y de ahí deducen su radical y esencial imposibilidad para ser objetivo.

Las soluciones no dejan tampoco de ofrecer dificultades. Quienes opinan que debe ser el Parlamento por medio de una comisión el que diriga la actividad, se ven rebatidos por los que afirman que el Parlamento no puede tener una función administrativa (90) y que además esa comisión no dejaría de reflejar la composición de la propia cámara y por tanto en alguna forma el control político de la misma lo tendrían los partidos en el Gobierno (91).

Tampoco la propuesta de quienes pretenden una participación de telespectadores es aceptada unánimemente.

En cualquier caso parece que la discusión de cara a la reforma del servicio se plantea más en una reorganización de la actividad que garantice la independencia del ente, y el derecho al acceso a la televisión (92) y la objetividad de la información, que en la desaparición del monopolio de la televisión.

Por otra parte se ha señalado que ninguna de las consideraciones anteriores pierde sentido por el hecho de que la RAI-TV sea una entidad privada, ya que, como es sabido, el Estado a través del Instituto para la Reconstrucción Nacional posee el 95% de las acciones, lo

(89) Riccardi. pag. 62. "Libertà"

(90) Piga. Libertà pag. 52

(91) Fragola. Libertà pag. 71
Sergio Fois pag. 27.
Paolicehi pag. 103

(92) Paolo Caretti e Roberto Zaccaria. Libertà pag. 139

que le asegura el control de la Sociedad que además viene reafirmado por el propio acto de concesión que reserva a la Administración la vigilancia y el control del servicio, la posibilidad de rescatar la concesión con preaviso de un año y la aprobación por el Ministerio de Correos y Telecomunicaciones de la programación con tres meses de antelación, entre otras potestades (93).

El problema se plantea en la relación de la RAI-TV con la Administración como ha sostenido Chelli y Fragola. Sin embargo, dada la participación estatal en la Sociedad habría que fijarse estatutariamente la posición de sus órganos rectores para no caer en los mismos defectos por vías de carácter privado o transformar la Sociedad en un ente, público como proponen Barile, Cheli, Luiodice (94) y parece que propugna la mayor parte de la doctrina.

Por último debe señalarse que la aparición de nuevos inventos en el plano de las telecomunicaciones ha sido señalado por alguno como posible causa de la crisis del monopolio del Estado en estas materias (95) fundamentalmente por la aparición de los videocassettes y por el uso en el futuro de satélites que permitan el uso directo de televisores privados sin necesidad de que exista una estación receptoraintermedia. La teledifusión de---

(93) Emanuele Santoro. "L'Evoluzione" pag. 16. Il diritto pag. 19.

(94) Barile, Cheli, Luiodice: Progetto di Riorganizzazione legislativa della radiotelevisione.

(95) Pamela Luisi Liberta. pag. 33

imágenes ha sido también atribuida a la RAI-TV aunque no se dice que sea en exclusiva, pero supuso también un ataque al monopolio cuya justificación descansa en la limitación de canales que el desarrollo tecnológico es ta haciendo desaparecer(96).

La concesión exclusiva a la RAI terminaba en 1.972 pero se prorrogó por un año por Decreto de 15-XII-1.972 con objeto de tener tiempo en ese plazo de re plantear toda la organización del Servicio (97); sin em bargo, la división de opiniones sobre el tema ha obligado a un nuevo aplazamiento al llegar al mes de Diciembre de 1.973 sin que se hubiese decidido la línea a seguir. En todo este tiempo el mismo monopolio es lo que ha sido puesto en cuestión en especial en lo que se refiere a la aparición de la distribución de la señal televisiva por cable (98).

Sin embargo, entre tanto, hacen su aparición en el plano nacional una multitud de empresas privadas que ponen en marcha una serie de televisiones privadas por cable; Tele-Biella fue la primera, después le siguen muchas todas con alcance local: Iurea, Torino, San

(96) Klaver. Il fenomeno de la Teledistribuzione. Il diritto di autore. 1.965. Emmanuel Santoro. L'Evoluzione legislativa in materia di radiodiffusioni circolari. Il diritti della radiodiffusioni e Telecomunicazione 1.969 pag.19.

(97) Nombrándose una comisión que estudiase el régimen le gislativo en la materia.

(98) Vid. "Monopolio o privatizzazione". Franco Piga pag. 15 y 55. Il diritto delle radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni n.º 1.-1.970.

Remo, Milano, Ballabio, Treviso, Lecco, Bergamo, ⁽⁹⁹⁾ Mes-
tre, Venecia, Padova, Provenza, Camogli, Rapallo, Ciava-
ri, Viareggio, Forli, Asena, Rimici, Prato, Piombino, -
Ancona, S.Georgio, S.Benedetto, Pescara, Roma, Foggia,
Napoli.

El monopolio del Estado amenaza con desapare-
cer en las ciudades donde el éxito de la Televisión por
cable es abrumador. Pronto, sin embargo, el Gobierno va
a encontrar la manera de cortar física y materialmente
los cables de Tele-Biella, la pionera; aprovechando una
Delegación del Parlamento al Ejecutivo para reordenar de
terminadas materias se modifica el Código Postal casti-
gando en artículo 195 con un arresto de tressa seis meses
a todo el que establezca un emisor de Telecomunicación
sin haber obtenido la oportuna concesión o autorización.

La experiencia de la Televisión privada ha si-
do interesante en Italia por el interés que ha suscitado
en todo el país y el estado de opinión que creó su des-
mantelamiento. Sea cual sea la solución que en su día se
de a todo este problema, la utilización del cable abre -
nuevas perspectivas y varía totalmente el panorama de ha-
ce algunos años; la limitación de ondas ha dejado de ser
el argumento único para justificar el discutido monopolio.

La Televisión por cable, da unas posibilidades
de pluralismo y participación desconocidas hasta ahora
que han hecho decir a Guido Zerilli de ella que "e una

(99) Vid. Corriere della sera 17 Mayo 1973 y Marzo 1.973.

televisione a misura dell'uomo, in grado de far circo
lari programmi didactici o specializzati, ovvero di pun
tare la telecamera sui problemi della piccole comanita,
trascurate dai grandi mass^media".

El debate sobre el régimen jurídico de la Te
levisión ha de abrirse sobre presupuestos diferentes al
de la intangibilidad del monopolio; sin duda, éste con
tinuará para la televisión por ondas radioeléctricas, -
pero la cablevisión es muy posible que siga un régimen
diferente, e incluso el monopolio habrá de tener un al
cance diferente.

INGLATERRA

En Inglaterra la Ley de 1.904 "Wireless Telegraphy act" exigía la autorización del Ministro de Correos y Telégrafos para la instalación de aparatos radiotransmisores. Fundándose en esta Ley el Ministro suspendió - en Marzo de 1.920 las emisiones de una estación instalada en Marconi.

Sin embargo, 63 empresas relacionadas con la radiofonía, solicitaron la concesión de licencias para instalaciones. El Gobierno creó una comisión encargada de estudiar los problemas que planteaba el nuevo medio de Comunicación en orden a preparar su futuro desarrollo y regulación.

Por fin en Diciembre de 1.922 las seis principales empresas en el sector crean una sociedad mercantil la "British Broadcasting Company" a la que se le autoriza para efectuar emisiones. La autorización era hasta Enero de 1.925 y el Gobierno se reservaba la posibilidad de transmitir noticias e incluso de gestionar en caso de necesidad las estaciones.

En 1.926 y después de los estudios de dos comisiones sobre el tema "Sykies Committe" y "Crawford Committee" (1.923 y 1.925) se decide conceder el servicio a un ente público la "British Broadcasting Corporation" a cuyo fin se paga a los accionistas de la B.B.Company

el valor nominal de sus acciones constituyéndose la Sociedad mediante Royal Charter. Junto al Royal Charter - que constituía y organizaba el ente existe el "Licence and Agreement" acta de comisión propiamente dicha en - que se fijan los derechos y obligaciones de las partes.

La "Royal Charter" crea la British Broadcasting Corporation en 1.926 fecha igualmente de la concesión; tal Royal Charter en cuanto emanación directa de la Corona indica la posición de independencia orgánica del nuevo ente que no está así originalmente subordinado - al Ejecutivo o al partido dominante en el Parlamento; independencia constitucional que sin embargo no implica total autonomía ya que, de una parte, es el Postmaster General o Ministro de Correos y Telégrafos el que interviene decisivamente en el nombramiento de las personas que han de ocupar el "Consejo de Gobernadores" o Junta de Gobierno, aunque sea la Corona quien formalmente lo haga y, de otra, la propia licencia de explotación como - acto independiente fijaba las condiciones de la actividad de la BBC (100)

La licencia se concedía por un periodo de diez años si bien se ha ido renovando hasta la fecha en que la última licencia que duraba hasta 1.976 se ha prorrogado en 1.973 hasta 1.981.

La BBC fue así hasta 1.964 la única persona con capacidad para ejercer la actividad radiofónica; en es-

(100) Vid. "La British Broadcasting Corporation". H. Appia.
La documentation Française

ta fecha se concedió una licencia radiofónica a la "Isle of Man Broadcasting Company" y más recientemente se autorizó también a la Independent Television Autoritty (ITA) a hacer emisiones radiofónicas, por lo que cambió la denominación de esta última por Independent Broadcasting Autoritty (IBA).

Hay que consignar que la BBC fue encargada desde 1.936 de organizar la Televisión en Inglaterra con carácter exclusivo si bien desde 1.949 los conservadores venían sosteniendo la conveniencia de abrir paso a la Televisión comercial, lo que se plasmó en la "Televisión Act" de 1.954 mediante la que el Parlamento creaba la ITA con competencias exclusivas en el campo de la Televisión, pero abierta a la publicidad de los particulares y a sus programas. Recientemente en 1.972 se ha concedido licencia por el Postmaster General a una emisión de Greenwich de teledistribución que produce sus propios programas (10). El mismo tipo de licencias para emisoras de Teledistribución se han concedido en Bristol, Sheffield, Swiden y Wellingborough con validez hasta 1.976, fecha en que habían de acabar las licencias de BBC e IBA. El Postmaster General o Ministro de Correos y Comunicaciones se reserva poderes de control, consistentes en supervisar todos los programas cuyo esquema y desarrollo debe serle enviado con un mes y 15 días de -

(10) Revue de L'Union Europeen de Radiodiffusion nº 139 pg.

antelación respectivamente; durante el primer año no puede cobrar nada de sus abonados⁽¹⁰²⁾

Antes de examinar la estructura orgánica y funciones de cada uno de los Entes citados debe señalarse cuál es el planteamiento jurídico del monopolio. En realidad no se trata de que se reservase el monopolio de la actividad para la BBC inicialmente y que después se hiciesen derogaciones parciales del monopolio; lo que ocurría es que desde la "Wireless Telegraphy Act" corresponde al "Postmaster" la concesión de autorización con las condiciones que considerase oportunas para estaciones radiotransmisoras; naturalmente ese poder de licencia del "Postmaster" persigue regular la actividad y evitar el caos que se produciría si los particulares pudiesen ejercer la actividad a su libre arbitrio; pero como, por otra parte, la mejor forma de evitar esa situación se consideró que era evitar la concurrencia de emisoras, resulta que en la práctica se instauró un monopolio de hecho que no estaba previsto expresamente en la ley ⁽¹⁰³⁾ - aunque encontrase apoyo en ella; por ello el Postmaster pudo conceder la licencia a la "Isle of Man Company" y a la misma ITA.

Nos encontramos por tanto con un sistema de oligopolio abierto ya que la ITA, hoy IBA, pese a su naturaleza pública no pretende ejecutar sus propios programas sino

(102) Vid. E.C. Robbin: La Television par cable au Royaume-Uni. Revue de L'UER pg.51 y 52.

(103) British Broadcasting; a study in monopoly, London School of Economics and Political Science. R.H. Coase

que contratan con los productores la ejecución de los mismos. La IBA se abre así a la concurrencia de empresas comerciales que buscan disponer de espacios publicitarios, asegurando la IBA que la calidad de los mismos se ajuste a sus criterios.

La aparición de la Televisión por cable ha dado lugar a alguna concesión experimental a particulares que en un futuro puede cambiar la actual situación existente; por el momento se han prorrogado las licencias de la BBC y la IBA hasta 1.981, tal vez para no replantear precipitadamente un debate antes de saber a qué atenerse respecto de la Televisión por cable.

Volviendo ya a los aspectos concretos de estos dos entes, vamos a examinar su estructura y sus relaciones con el poder ejecutivo como forma de conocer su autonomía; como se verá, tanto la BBC como la IBA tienen, en el plano teórico una serie de dependencias del poder ejecutivo, similares a las de cualquier otro país del area Occidental y, sin embargo, gozan de una fama de independencia y autonomía casi mítica (104); lo cierto es, como ya en alguna ocasión hemos afirmado que el resultado de una institución - no está solo en sí misma sino que depende del contexto en que se sitúa; así, la alternancia política de conservadores y laboristas, la oposición legalizada, etc, y en este etc pueden incluirse los factores más típicos del mundo anglo

(104) Vid. "Democratie et Radio Television en Grande-Bretagne". Francois Pige. Droit Social Diciembre 1.970

sajón, son factores que explican porque determinados poderes que al ejecutivo conceden las licencias de la BBC y la IBA no se han utilizado jamás. El partido en el poder sabe que este no es eterno y que un ataque a la opinión pública puede precipitar su caída; en fin, no se trata de buscar una causa concreta que explique el fenómeno sino apuntar las raíces últimas de una organización que cobra todo su sentido en un contexto del que no se le puede sacar para hacer una copia carente de sentido en otro contexto distinto.

La BBC está regida por una Junta de Gobierno o Consejo de Gobernadores integrado por doce miembros si se tienen en cuenta los tres que representan Gales, Escocia, e Irlanda del Norte. Sus miembros son elegidos por la Reina en Consejo, si bien previa consulta del Postmaster; la duración es de cinco años reelegibles y pueden ser cesados por la Reina en Consejo ~~(105)~~.

El Consejo de Gobernadores no realiza funciones ejecutivas pues estas corresponden a un Director General nombrado por el Consejo bajo cuya dependencia esta un Consejo Directivo formado por los altos cargos de la BBC. El Consejo de Gobernadores es así el que dirige el órgano de cara a conseguir el cumplimiento de los fines previstos - en la Carta Real y en la Licencia. Asimismo existen numerosos órganos colegiados de carácter consultivo sobre mate-

(105) En realidad la Royal Charter permite la modificación de su número.

rias específicas.

El Postmaster puede, de acuerdo con el artículo 19 de la licencia, prohibir cualquier transmisión así como también se prevé que el Gobierno pueda ocupar y dirigir el Ente en caso de necesidad. Este último poder no ha sido usado pero sí el primero si bien en muy limitadas ocasiones. También puede el Gobierno transmitir sus propios comunicados.

Los recursos de la BBC están constituidos por las cantidades que el Parlamento fija cada año de las - recaudadas directamente de los usuarios de aparatos, aparte de los ingresos que pueda obtener la BBC por la venta de sus programas al extranjero o de revistas de la misma.

Por lo que respecta a la ITA (hoy IBA) fue creada como ya se ha dicho, mediante la "Televisión Act" de - 30 de Julio de 1.954 rigiéndose en la actualidad por la - "Televisión Act" de 1.964 con la modificación introducida en 1.972 en el sentido de permitirle también el desarrollo de actividades radiofónicas. El órgano supremo es el Consejo de Administración de, al menos, siete miembros -- elegidos por el "Postmaster General", también por un período de cinco años, quien puede revocar los nombramientos - comunicándolo al Parlamento. Como órgano ejecutivo existe un Director General nombrado por el Consejo de Administración.

El aspecto comercial de los programas de la IBA, que admiten publicidad, no impide la configuración del Ente como una Corporación Pública (100). Sobre ella ejerce el Postmaster similares poderes de control que los de la BBC en orden a prohibición de programas y utilización del medio.

En cuanto a los recursos la IBA percibe cantidades de los productores con los que contrata en base a los ingresos que estos obtienen de los espacios que dedican a publicidad.

Por último, debe señalarse que está previsto que el partido en la oposición replique los comunicados del Gobierno y la forma de transmitir programas políticos en períodos electorales, distribuyendo la duración de las intervenciones en función del número de votos obtenidos en las elecciones precedentes y regulando con bastante detalle la serie de incidencias que pueden producirse. En definitiva, se trata de conseguir una Televisión que informe con objetividad e imparcialidad incluso en aquellos asuntos más discutibles y opinables como pueden ser los políticos; si bien en estos casos no es la Televisión como tal quien se pronuncia sino que se limita a ser vehículo transmisor de las opiniones de los propios protagonistas.

En resumen, como ya habíamos indicado, la Televisión inglesa ha sido siempre un modelo por la independen-

(100) Vid. Nieves Sanchez. La Televisión Británica. Revista Española de Documentación pg.63

cia y autonomía de sus emisiones, pero a la hora de valorar los instrumentos puramente jurídicos que han permitido esa situación vemos que no se diferencian mucho de -- otros modelos continentales más problemáticos; esta paradoja solo puede explicarse si se comprende que lo jurídico no es un valor neutro, sino que esté transido de intenciones políticas de las que en muchos casos es puro instrumento (107).

(107) Cfr. Jose Luis Villar Palasi. Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas pg.5

- C A P I T U L O I I I -

- La Actividad Televisiva en España -

Vista la evolución histórica de la radiodifusión de sonidos e imágenes en lo referente a su régimen jurídico se hace obligado sacar unas conclusiones generales.

La esencia del régimen de la radiodifusión en general consiste en primer término en conocer el carácter con que se presta la actividad y si esa actividad es o no asumida por el Estado.

La creación de un monopolio en esa materia y en cualquier otra es un indicio de la asunción por el Estado de la obligación de satisfacer una necesidad pública mediante la correspondiente actividad.

Pero junto a los monopolios de servicios pueden existir monopolio de índole puramente fiscal (107). En el presente caso parece que estamos ante un monopolio que implica asunción de actividad, con finalidad de interés general. Pero la primera cuestión es si efectivamente el Estado ha monopolizado la radiodifusión. La ley de 1.907 y el Real Decreto Enero 1.908 ya vimos cómo ni se referían a la radiodifusión ni podían monopolizar la actividad, por más que el Real Decreto de Enero de 1.908 se refiriese a los demás procedimientos ya inventados o que pudieran inventarse. Otra cosa ocurre con el R.D. de 27 de Febrero de 1.923 que efectivamente se refiere al monopolio de instalaciones radioeléctricas pero

(107) Cfr. La intervención Administrativa en la Industria. pag. 90. J.L. Villar Palasi. También. El Monopolio de Tabacos S. Martín Retortillo.

que sin embargo carece igualmente de competencia para limitar la esfera de la libertad, comercial, industrial y profesional de los españoles. Antes de seguir adelante conviene/ sin embargo señalar que en la misma norma que establece el monopolio se preve ya su dispensa mediante las oportunas -- autorizaciones; ello nos indica ya que el monopolio, independientemente de la validez de su establecimiento, perseguía -- otros fines distintos de la asunción exclusiva por el Estado de una actividad; perseguía reservar a este unas potestades interventoras sobre la misma (108). Sin embargo, resulta -- extraño que el monopolio no se afirmase en normas con rango de ley como se hizo por ejemplo en Francia e Italia.

En nuestro país se extendió sin más a la radiotelefonía la técnica usada en el telégrafo y teléfono. Este había sido consagrado como servicio por el Real Decreto de 16 de Agosto 1.832 y aquel por la ley de 22 Abril de 1.855. De todas formas, en esta materia de comunicaciones ha actuado siempre como título legitimador de la actividad administrativa, el del dominio, que representa el mas tradicional modo de -- intervención en la actividad de los particulares (109). Los -- postes telegráficos y telefónicos debían de atravesar terre

(108) Sobre la utilización de la Técnica del servicio público para ampliar potestades administrativas puede verse J. Luis Villar Palasi, La Intervención ... cit. pág. 197, 198 y 202.

(109) Vid. asimismo J.L. Villar Palasi ob. cit. pg. 109.

nos estatales y privados a través de enormes extensiones. - Sobre los primeros tiene competencia el Estado y los demás/ entes públicos y en cuanto a los segundos solo la publicación de la actividad, de telecomunicación, la declaración - de su utilidad pública abrirá paso a la técnica expropiatoria. Por tanto, independientemente de si por normas de rango suficiente se habría monopolizado la actividad la propia - - esencia del servicio exigía una titularidad pública como -- única forma eficaz de realizar su prestación. El problema se planteará, por una parte en relación al reparto de competencias entre administración local y central que como ha señalado el Profesor de la Vallina constituyó un foco de tensiones entre ambos ordenes y, por otra, en relación a si la prestación concreta del Servicio había de hacerse directamente -- por los Entes públicos o por concesionario, que es un problema a distinto nivel, en el que ya se parte de - la titularidad pública, sea de la Administración Central, sea de/ los Entes locales; lo que se discute es la conveniencia de/ que la Administración en sus distintos niveles preste el servicio directamente por el Cuerpo Técnico de Telégrafos o -- por medio de concesionarios.

El primer problema referente a la titularidad de los/ Servicios se solucionó con carácter general a favor de la - Administración Central aunque con alguna excepción, como el/

Telefono de San Sebastian.

El segundo sin embargo sufrió los avatares de los intereses contrapuestos de Empresas Mercantiles, con gran participación extranjera sobre todo, y los intereses del Cuerpo de Telégrafos como tal.

Esta tensión, como veremos después, continua durante el siglo actual y así la ley 9-3-1.932 y la ley de 12-34 reflejan las pretensiones del Cuerpo de Telégrafos de lograr la reversión al Estado de las concesiones existentes.

Pues bien, el invento de la transmisión por ondas hertzianas va a suponer la inmediata aplicación a la misma de un régimen jurídico previsto para supuestos totalmente distintos, poniendo de manifiesto el "decalage" existente entre Técnica y Derecho del que existen múltiples manifestaciones en nuestro siglo y que ha puesto de manifiesto el Profesor Martín-Retortillo (110). La primera aplicación de las ondas hertzianas se hizo a la transmisión de signos dando lugar a la radiotelegrafía; aparentemente telegrafía y radiotelegrafía venían a ser lo mismo en cuanto a su resultado final y así, sin gran esfuerzo, se aplicó al nuevo invento un régimen jurídico aplicable a otro que, si bien guardaba similitud en cuanto al resultado final e incluso, en par

(110) Energía Nuclear y Derecho. También ha puesto de relieve este fenómeno Charles Debbash "Traité du droit de la radiodiffusion..." citado, pág. 7.

te en cuanto al uso de la electricidad difería en cambio no tabilisinamente en cuanto al medio transmisor. Esta fundamen- tal diferencia técnica tenía su reflejo y consecuencia en - los aspectos jurídicos del problema que nuestras primeras - normas no supieron ver. Para el telégrafo y teléfono no era totalmente necesaria la declaración de monopolio por las di - ficultades de un montaje privado del servicio, de ahí que - precisamente las primeras líneas telegráficas se monten jun- to a la línea de los ferrocarriles y para uso de estos, abrién- dose solo después al uso público; de ahí también que a los - particulares se les autorice la instalación de líneas tele- fónicas dentro de sus propiedades, debiendo observar que se trataba de autorizaciones, que no concesiones, que suponían un derecho preexistente y que no imponían al particular car - ga alguna en cuanto a prestación del servicio.

Para la radiotelegrafía sin embargo, la declaración - de monopolio por disposición administrativa no era suficien- te y ahí tenemos en todas nuestras primeras normas una serie de disposiciones tratando de reprimir las emisoras clandes- tinas; así el art. 13 RD. 17-II-1.917, art. 9 RD. 24-I-1908 art. 3 R.D. 27-2-1.923 etc. Por supuesto que la proliferación de estas emisoras clandestinas no se apoyaban directamente/ en criterios técnico jurídicos de considerar que el monopo- lio debía declararse por norma de rango legal pero la acti-

vidad de los particulares que los montaban pone de manifiesto un hecho muy simple: que los particulares consideraban/ que en su derecho de propiedad y en su derecho a dedicarse a cualquier industria o profesión ninguna limitación podía existir; y no se piense que esta actitud provenía de personas de pocos escrúpulos o insuficientemente informadas. La mayor parte de las emisoras que venían funcionando en el país lo hacían sin autorización de ninguna especie (44).

Decíamos que en su momento no se supo o no se quiso/ ver la gran diferencia existente entre las transmisiones - alámbricas e inalámbricas; sin embargo es muy posible que/ las inversiones efectuadas en líneas telegráficas y telefónicas aconsejasen el control del nuevo sistema inalámbrico que podía echar por tierra los capitales invertidos en tales redes. La radiotelegrafía encontró desde luego inmedia

(44) La primera concesión de Radio, lo que no significa que fuese la primera establecida en nuestro país justamente por las razones recogidas en el texto, es de 14 de Julio de 1.924, perteneciente a Radio Barcelona. (Fuente: Manuel Tarín Iglesias, Gaceta de la Prensa Española, 15 de Enero de 1.965). Sobre los orígenes de nuestra Radiodifusión puede verse también "Nacimiento de la Radiodifusión" de Anibal Arias Ruiz en Gaceta de la Prensa Española, Noviembre 1.965. Vid en Gaceta de la Prensa Española el Artículo de Manuel Tarín Iglesias.

ta aplicación en el servicio costero, sustituyendo ventajosamente a los semáforos, pero en el interior la situación era diferente. Ciertamente, la ~~telegrafía~~ ^{etérica} y sobre todo la telefonía no podían garantizar en absoluto el secreto de los mensajes por el carácter circular de su transmisión pero, a pesar de ello, es muy posible que la libertad de establecimiento de estaciones radiotelegráficas o radiotelefónicas hubiese ocasionado graves trastornos económicos a los servicios alámbricos ya establecidos; para estos, como decimos, la -- inexistencia de normas con rango legal suficiente no suponía problema, pues la forma de controlar la actividad podía descansar como ya se ha indicado en títulos dominicales.

Así, en efecto, el Real Decreto 495 de 16 de agosto de 1.882 publicado el 18 en su art. 1º nº 3, párrafo 2º disponía que "las concesiones destinadas al servicio particular -- entre dependencias de un mismo dueño para el uso exclusivo -- de este sin beneficio de tercero, podrán establecer y utilizarse libremente sin mas restricciones que las prevenidas en las disposiciones vigentes sobre policía, seguridad y salubridad pública".

Vemos pues que el Real Decreto comentado, que estableció el servicio público de telefonos por primera vez en nuestro país, reconoce la libertad de establecimiento de servicios

particulares entre dependencias de un mismo dueño y aunque emplea el término concesión es obvio que la libertad de instalación y uso se compagina mal con la idea concesional. Lo que ocurre en este supuesto es que falla el título dominical que posibilita la intervención administrativa en la prestación de este servicio. Incluso más, en el supuesto contemplado en su reglamento aprobado por Real Orden 25-IX-1.882 en el capítulo V, se regula la concesión de líneas telefónicas/particulares que son las que unen dependencias de un mismo dueño o empresa dentro de un radio de 10 Km. y esta regulación parece partir del supuesto de que se trata de unir "dependencias" distintas y separadas, de lo que "a sensu contrario podría desprenderse, que cuando se trataba de unir puntos de una misma dependencia, ni siquiera sería necesario solicitar autorización.

En cualquier caso de lo que se trata en este momento es de destacar como el Real Decreto de 16-Agosto-1.882, también sin rango suficiente desde un punto de vista jerárquico para impedir a los particulares el ejercicio de la industria de las comunicaciones, utiliza la titularidad dominical como título fundamentador de la intervención pues donde no hay titularidad reconoce la libertad de establecimiento.

Decíamos que el Real Decreto comentado no tiene rango suficiente y de ello es consciente su propio autor quien -- también lo es de los títulos que el Ejecutivo tenía para regular la materia.

La referencia en su Preámbulo al respeto a la Constitución sometiendo al poder legislativo las disposiciones que por su importancia "pudieran" ser objeto de una ley, aunque fuera dable resolverlas con medidas gubernativas, descubre/ el pensamiento de su autor. Años mas tarde en la discusión/ de la ley de 26-October-1.907 va a volver a plantearse el - problema (). En efecto Cierva, entonces Ministro de la Gobernación dice en la discusión del proyecto de Ley "Es sabido, Sres. Diputados que todos los gobiernos desde que empenó a aplicarse la telefonía se han considerado facultados - para hacer concesiones, tanto de redes urbanas como interurbanas... Cuando yo he recordado.... que se han resuelto en/ el sentido de otorgar prorroga a las concesiones anteriores de redes interurbanas sin interve nir el Parlamento lo he hecho porque estimo que el acto que realiza el Gobierno acudiendo aquí y renunciando a hacer uso de esa facultad que - todos los Gobiernos han utilizado sin previa autorización - de las Cortes se puede exhibir como un buen titulo para la/

consideración del Parlamento, pero nadie vea en esto que yo censure el que otros gobiernos hayan opinado de manera distinta. (Diario Sesiones nº 68 pag. 1.766).

Por cierto que el Real Decreto de 16-VIII-1.882 que comentamos no tiene como por algún autor se ha señalado, cacter de Decreto-Ley; se publica como Real Decreto y sin perjuicio de la Ley que en su día se votara en Cortes.

De todos modos tiene razón De la Vallina Velarde (12) cuando afirma que el paso de la etapa de policía a la de -- servicio público, con la incidencia que ello supone en la -- iniciativa y libertades individuales exigía normas con rango de Ley. A nuestro juicio, sin embargo, el Real Decreto -- no tiene tal rango: el nombre con que aparece en la Gaceta/ es el de Real Decreto y la forma es la común en todos los -- Reales Decretos. La capacidad que sin embargo tenía para regular el Servicio telefónico se fundamentaba no en el rango de Ley, que no tenía, sino en el dominio público como el -- propio Profesor de la Vallina reconoce en su libro (13).

Algo similar paso con el Servicio de Telegrafo. En -- principio, el telegrafo se usaba en las compañías de Ferrocarriles que a lo largo de sus vías podían colocar los postes

(12) Regimen Jurídico-administrativo del Servicio Público. Telefónico.

(13) Op. cit. pag. 21.

sosteniendo los hilos. Después las líneas telegraficas se abrieron al uso público y la Ley de 22-Abril-1.855 autorizó al gobierno para plantear el Servicio. Ninguna declaración/ de monopolio se tiene con respecto al telegrafo aunque es -- sintomático que el Real Decreto de Enero de 1.908 sea el -- que primero hable de monopolio, justo una vez que aparecen/ las comunicaciones a través de las ondas hertzianas. Hasta/ ese momento los derechos del Estado a regular el servicio -- eran indiscutidos; la aparición de las ondas hace peligrar/ el monopolio de hecho y entonces se formula de derecho con/ normas de rango insuficiente.

Pero ¿por qué insuficientes? venimos hablando hasta -- ahora de esta insuficiencia pero hemos de precisar mas. El/ profesor De la Vallina (114) vemos como reconocía la necesi-- dad de normas con rango de Ley para pasar en este materia -- de la Policia al Servicio Público. El Profesor Boquera Oli-- ver mas precisamente reconoce esta necesidad cuando se quie-- re monopolizar un servicio (115). A principios de siglo esto/

(114) Op. cit. pag. 21

(115) Vease también el Profesor Villar Palasi quien dis-- tingue entre la posibilidad de impugnación de la norma/ que establece la "publicatio" de la act. en función de/ su rango formal y el derecho de los particulares a una/ compensación integral en el caso de act. ejercidas con/ anterioridad a la "publicatio". La intervención
pág. 293.

resultaba de la Constitución vigente y de lo que podríamos/ llamar costumbre constitucional.

La Constitución de 1.876 en su artículo 2º reconoce a los extranjeros la libertad de industria y circulación y el art. 15 reconoce a los españoles el derecho: "De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante".

Dos son, pues, las libertades y derechos que nos interesan al objeto de nuestra tesis, de una parte la libertad/ de expresión por todos los medios y de otra la libertad de/ industria reconocida a los extranjeros y por ende a los Españoles (116). La propia Constitución, durante cuya vigencia/ se dictaron las primeras normas sobre radiodifusión, en su/ art. 14 reservaba a las leyes el dictar las reglas oportun-- nas para asegurar a los españoles el respeto recíproco de los derechos que les reconoce la Constitución; de aquí que la re-- serva en favor del Estado de un medio de difusión del pensamiento como es la radiodifusión exigiera rango de ley para ser eficaz y de la misma forma se hacía necesario ese rango para impedir a los españoles el libre ejercicio de la industria/

(116) Cfr. Paolo Tesaruo que en "la disciplina della radio e/ della televisione nell'ordinamento dagli Stati Uniti e - del Canada" cit. destaca la importancia constitucional - no solo de la libertad de expresión sino también de la/ libertad económica en relación con la radiodifusión.

de comunicaciones que como hemos dicho se reconocía en el -- art. 2 de la Constitución y que además estaba inscrita en el contexto constitucional consuetudinario que se inició en Cádiz con, entre otros, el Decreto de las Cortes de 8 Junio -- 1.813 (). Muchos de estos decretos de las Cortes, aún derogada la Constitución, continuaron vigentes y constituyen el/ marco de principios de los que en muchos casos hay que par-- tir para interpretar correctamente la evolución de nuestro -- constitucionalismo y la exigencia de normas con rango sufi-- ciente para poder dejar sin efecto tales principios recogidos en nuestras primeras normas con carácter general; y así/ vemos que si bien la Constitución de 1.876 no proclama expre-- samente el derecho de los españoles a ejercer cualquier in-- dustria o profesión que no este limitada por las leyes, sin/ embargo del conjunto de libertades y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente su art. 2º que otorga tal dere-- cho a los extranjeros se deduce, implícitamente, que tal de-- recho pertenecía constitucionalmente a los españoles y que -- sólo una ley podía menoscabarlo, interpretación que venía con-- firmada por el principio de libertad de industria y profe-- sión que puede encontrarse en los principios de nuestro cons-- titucionalismo.

En cuanto a la libertad de expresión la amplitud con - que aparece configurada en la constitución de 1.876 como que da dicho hace innecesaria cualquier aclaración. Basta con se ñalar que no se limita a la prensa sino a cualquier medio de/ Comunicación de aquí que no pudiera impedirse a nadie esta-- blecer una emisora dirigida a la comunicación a los demás de sus ideas.

La cuestión tal como queda planteada pone de manifies- to la necesidad constitucional de una norma con rango de ley para que pueda prohibirse a los particulares el ejercicio de una actividad lícita como sería la radiodifusión.

Notese bien que hablamos de impedir, no de intervenir - o controlar; la potestad de intervención resultaría de diver- sos títulos; así, las facultades de policía, la demanialidad y la normativa internacional y punitiva contenida en las nor-- mas penales para reprimir cualquier actividad encajable en - los tipos penales.

La policía fue el título de intervención que se usó en el Real Decreto 27 Febrero 1.923 aunque naturalmente con el/ amplio sentido que ya en esa fecha tenía como consecuencia - de la ampliación del concepto de orden público. El simple man- tenimiento de la paz pública como título legitimador de las/ intervenciones del príncipe en la Edad Media se recoge en --

los albores del Estado liberal en las que el abstencionismo del mismo tenía como primer límite el mantenimiento de esa paz.

La policía administrativa en materias radioeléctricas ha podido apoyarse por otra parte en una diversidad de títulos que examinamos a continuación, antes de volver sobre -- los aspectos constitucionales del monopolio, y que fundamentalmente son: el mantenimiento del orden público propiamente dicho, la tutela del interés público que exigía la escasez de ondas y el dominio (III).

La policía en sentido estricto.

A).-- La crisis del liberalismo como consecuencia de -- los movimientos sociales, crisis económicas, etc., pone de relieve la íntima conexión entre lo económico y lo político, (infraestructura y superestructura) no solo en los textos de los doctrinarios del marxismo sino también en la realidad de cada día; los movimientos revolucionarios, las huelgas, etc. constituyen un atentado al orden público estatal; pero el Estado no permanece ciego a la realidad. La conservación del orden público no es cuestión de tener una buena organización de las Fuerzas del Orden, la conservación del orden público/

(III) Vid Francisco Bonet. "Derecho Radiofónico". Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.941, donde fundamenta los derechos de intervención del Estado en razones de orden público, intereses generales y conservación del espacio.

exige ir a las causas del desorden (118). El concepto de orden público como orden exterior se transforma, los ataques al orden externo no son mas que sintomas de un desorden mas profundo; la Administración no puede seguir actuando con medidas - externas para mantener un orden público meramente externo, para mantener el orden en la calle; sería como atacar la fiebre en un enfermo de pulmonía sin ir a sus causas, el enfermo acabará por morir. El convencimiento de que el Estado no puede cumplir su misión de conservar el orden público sin entrar de lleno en los sacrosantas libertades de industria, comercio, etc., nos sitúan de lleno en el fenómeno intervencionista y el fundamento inicial de esta intervención no es - - otro que el orden público. No se trata en realidad de que el concepto se haya extendido horizontalmente a otros campos -- ademas del tradicional de la tranquilidad pública. Se trata/ de que se ha profundizado en el sentido del concepto, por -- eso ahora ya no estamos ante distintas clases de Policía, en/ realidad la policía sigue siendo única lo que ocurre es que/ la "pax pública" que tiene que conservar no es solo la tranquilidad de la calle, o, más bien, que para conservar la - - tranquilidad de la calle tiene que intervenir en la actividad

(118) Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas. Fernando Garrido Falla. R.A.P. nº 23 pag. 12.

de sus administrados regular las condiciones de trabajo en - las fábricas, el régimen de salarios, los trust económicos, / los monopolios de hecho etc. (119).

La postura inicial del Estado es de abstención y mantenimiento del orden público externo como su finalidad primordial, después, para el mantenimiento de ese orden público externo, tiene que adoptar medidas que inciden profundamente en las libertades y relaciones particulares: las normas de seguridad y salubridad en centros de trabajo; trabajo de menores etc., son muestra de lo que se dice. Mientras la interven-ción se hace para mantener la paz pública estamos ante la policia, pero cuando el Estado, tomando conciencia de sus posibilidades, decide procurar la satisfacción de las necesidades de sus súbditos, cuando su actuación deja de ser la de mero / espectador al que solo interesa el orden externo, cuando su / fin es el bienestar, entonces estamos ya ante el Estado inter

(119) Vid sobre la deformación de los conceptos de policia fomento y Servicio Público. Jose Luis Villar Palasi: La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. R.A.P. nº 3 pag. 61 y 83. También Mariano Baena del Alcazar: Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, págs. 223 y 55.

vencionista, ante el Estado del servicio público; no es por tanto, nos parece, el aumento de las intervenciones e ingerencias del Estado en la sociedad lo que permite hablar del paso del estado-policia al Estado interventor sino la finalidad de esas ingerencias. Cuando el estado interviene en las relaciones entre particulares para mantener el orden público, en realidad no se modifica el papel que el Estado -- asigna al liberalismo, cuando se modifica es al tomar conciencia el Estado de que no puede aceptar el papel que se -- le ha asignado, cuando comprende que además de reprimir debe contribuir al desarrollo y mejoramiento de la sociedad.

De ahí que junto a la llamada policia general vayan -- apareciendo policías especiales que van asemejándose a aquella.

Pues bien, qué duda cabe que la aparición de los modernos medios de comunicación podía afectar a la seguridad interior y exterior del Estado. Sin embargo esa seguridad no exigía ineludiblemente la monopolización del servicio: además del Código Penal, podían controlarse las emisoras sometiendo a previa licencia y a un control posterior de su actividad. En todo caso la defensa de la seguridad interior y exterior constituía ya un buen título legitimador del control de la Administración sobre la actividad, pero no sufi-

ciente para justificar el monopolio.

B).- También la limitación de ondas justificaba esa intervención. En primer lugar, las ondas desbordan los límites/ de los países, de aquí que, mediante acuerdos internacionales/ los Estados se reserven la potestad de otorgar licencias de - cara a lograr el cumplimiento de tales acuerdos.. En este -- sentido el Convenio Radiotelegráfico Internacional de Washing- ton de 25 de Noviembre de 1.927 publicado en Febrero de 1.929 dispone en su Reglamento Anejo art. 2º que "No podrán estable- cerse ni ex-plotarse ninguna estación radioeléctrica emisora por un particular o empresa privada sin licencia especial, - expedida por el Gobierno del país de que dependa la estación interesada". Vemos pues, que el Orden Internacional justifi- ca ya de derecho positivo la exigencia de una licencia para/ instalaciones radioeléctricas.

En segundo lugar las ondas pueden producir interferen- cias entre ellas e interferencias con otros servicios radio- eléctricos. De aquí que también por razones de orden público interno esté justificada la intervención administrativa. Es- te orden público interno en la materia fue determinante en - los EE.UU., por ejemplo, como se ha visto, de la intervención del Estado; también en nuestro país el peámbulo del Real De- creto de 17 de Febrero de 1.923 fundamenta la regulación de/

la actividad radiodifusora en evitar la anarquía existente/ en otros países con absoluta libertad.

C).- Aún pudiera encontrarse un nuevo fundamento a estas potestades de policía basado en la existencia de un dominio público aéreo. El concepto no está aún suficientemente precisado, el aire y el espacio supranacional, parece más bien una "res communis omnium" por lo menos hasta una cierta altura; pero "res communis omnium" eran también para los romanos las riberas del mar y sin embargo hoy día forman parte del dominio público. Nuestro Código Civil no dice nada al respecto, si bien su art. 339 número 1 deja la puerta abierta a la inclusión de nuevos bienes, destinados al uso público; en la categoría de los de dominio público.

La aparición de nuevos ingenios aeronáuticos y las ondas hertzianas han hecho posible el uso y disfrute de un elemento hasta entonces no susceptible de utilización, por lo menos más allá de cierta altura y siempre que existiese una base de apoyo sobre la superficie.

La posibilidad de aprovechamiento del aire ha planteado problemas de orden jurídico que no han encontrado aún una solución satisfactoria; de todas formas la idea de un derecho de propiedad extendido hasta el cielo ha perdido toda su vigencia en el momento que podía empezar a ser realidad lo -

que demuestra la debilidad de sus fundamentos. Pero el problema se plantea también respecto a la soberanía de los Estados, desde un primer momento se ha hablado de la libertad del aire por aplicación de las Normas del Derecho Internacional Público sobre la libertad de los mares. Había así una franja de aire "territorial" y el resto sería libre.

Sin embargo razones obvias de defensa aconsejaron -- afirmar la soberanía de los Estados por el espacio y aire -- que hay sobre ellos si bien aceptando los derechos de paso/ de naves de otros países. Pero la cuestión es si podría hablarse de un dominio público del espacio aéreo, lo que comportaría un nuevo título de intervención para el Estado: la policía del dominio público, pero que tampoco justificaría/ sin mas el establecimiento de un régimen de monopolio puesto que siendo el espacio aéreo dominio público por su destino al uso común, la policía de ese dominio debería garantizar ese uso precisamente.

Antes de nada conviene precisar los términos aire, espacio aéreo, espacio no aéreo. El aire es un gas que envuelve nuestro planeta y que no está fijo en un mismo punto: el aire que hoy está sobre nuestro país mañana puede estar sobre el continente africano. El espacio es un concepto abstracto y geométrico, de él se ha dicho que no es un bien porque no

es un objeto (120); el espacio tiene dos especies principales al fin que aquí nos interesa: el aéreo y el extraatmosférico. El aéreo es la parte del espacio más próxima a nuestro planeta en que existe atmósfera aire, el extraatmosférico - es aquel que existe mas alla del anterior, que se extiende al infinito y que a partir del espacio aéreo inicialmente al menos, carece de atmósfera (121).

Del hecho de que el aire no está fijo se ha pretendido deducir que es inapropiable y que por tanto es una cosa común (122). Sin embargo la destrucción del aire, su polución, demuestra que si bien el aire en su conjunto, parece todavía difícilmente apropiable, y que desde luego en cuanto gas respirable no es susceptible de propiedad sino de uso, al menos en la forma en que se entiende el derecho de propiedad, sin embargo existen algunos usos que por implicar una destrucción total suponen una cierta apropiación; por

(120) Droit Aérospacial. Nicolás Mateesco Matte.

(121) Vid. "Definizione dello spazio extra-atmosferico e delle attività spaziali". Pompeo Magno e Enrico Escifoni. Il diritto.... nº 3. 1.970, pág. 647

(122) Modesto Serna Moreno. Enciclopedia Jurídica Seix; Jose - María García Escudero. "Las libertades del aire y la soberanía de las Naciones".

otra parte la impropiabilidad del aire se fundamenta sobre - todo, a nuestro juicio, en no ser ni haber sido hasta ahora/ un bien escaso y por tanto carecer de interes económico o pa trimonial.

En cuanto al espacio el problema es distinto; en nues- tro pais Modesto Serna Moreno se pronuncia por la apropiabi- lidad del espacio en tanto que por ejemplo Nicolás Mateesco - se opone, no ya a la apropiabilidad del espacio, sino a su con cepción mismo como bien, presupuesto de tal apropiabilidad - (123). La idea de Mateesco que apoya en la concepción de bien/ de Windschad es que el espacio no es un bien singularizado - sino un concepto abstracto que no pertenece a la categoria - de realidad objetiva aprehensible fenomenológicamente.

Sin duda Mateesco esta en lo cierto pero la discrepan- cia se reduciría si se tiene en cuenta que lo apropiable no/ es en realidad un espacio determinado sino lo que hay dentro de él o lo que pueda haber. El espacio seguira siendo así un concepto teorico que serviría para delimitar un ámbito de -- apropiación u ocupación. Apropiación cuando en ese ámbito --

(123) Nicolás Mateesco, op. cit. pág. 18.

existe algo y ocupación cuando sin existir nada se ocupa -- transitoria y no excluyentemente (aeronave) o estable y excluyentemente (edificación).

Hechas estas precisiones la cuestión que se nos plantea es la de saber si el espacio es susceptible de propiedad, sea pública ó privada, ó no. La cuestión ha sido atacada desde un punto de vista privado, político y público. Por el primero se sostenía tradicionalmente el derecho del propietario del suelo al vuelo del mismo "ad caelum". Este derecho al vuelo sería propiedad privada si el suelo lo era y pública si era pública la propiedad del suelo. Cabría discutir sin embargo si sobre algunas propiedades públicas (caminos, zona marítima terrestre, mar territorial) no existe un derecho a edificar sobre ellos o si lo que ocurre es que no es posible técnicamente, o simplemente no es conveniente.

Para el segundo punto de vista la cuestión no era de propiedad sino de soberanía.

Para el tercer punto de vista la titularidad del espacio no vendría dada por la del suelo, según lo dicho anteriormente aplicando concepciones privatistas, sino que se configuraría autónomamente como una cosa de dominio público/ ().

El fundamento de esta calificación vendría dado por estar --
destinado al uso común de todo aquel que posea un ingenio --
volador y tendría su encaje en el artículo 339 nº 1 del Cód-
igo Civil que parece dejar la puerta abierta a otros bienes
además de los en él enumerados(124)

En principio el primer punto de vista no ha tenido mu-
cha trascendencia por las limitaciones técnicas de la edifi-
cabilidad y por la falta de interés de los propietarios; --
las limitaciones se han impuesto por ley en zonas contiguas
a aeropuertos lo que demuestra la creencia inicial en un de-
recho absoluto de los propietarios que debe ser limitado.

El segundo punto de vista; el político si ha tenido --
sin embargo acogida en la doctrina y en la práctica interna-
cional. El problema de la seguridad e independencia de los/
Estados es sin duda el fundamento del reconocimiento de la/
soberanía de los Estados sobre su espacio aéreo.

Así la Conferencia de París de 1.919 aprobó el conve-
nio de Navegación Aérea de 13-X-1.919 cuyo artículo 1º dice
que: "Las altas partes contratantes reconocen que cada país

(124) Cfr. Sayagües, afirma que "el espacio aéreo por enci-
ma del límite de utilización efectivo de los propieta-
rios del Suelo pertenece al Estado y constituye un bien
dominical porque está destinado al uso de todos" Trata-
do de Derecho Administrativo II, pág. 304.

tendrá soberanía plena y exclusiva sobre su propio espacio/aereo y el de sus colonias y aguas territoriales" y la Conferencia de Chicago de 1.944 aprobó el Convenio de Aviación Civil Internacional cuyo artículo 1º decía: "Los Estados -- contratantes reconocen que cada Estado tiene soberanía exclusiva y absoluto sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio".

Junto a ella en Chicago se aprobaron también las llamas cinco libertades del aire que sin embargo no hacían referencia a la cuestión de la propiedad.

- Privilegio de sobrevolar.
- " de aterrizar.
- " de desembarcar pasajeros, correos y carga del Estado de la aeronave.
- " de tomar pasajeros, correos y carga al Estado de la aeronave.
- Desembarcar y tomar pasajeros, correos y carga de -- cualquier y a cualquier Estado participante.

La cuestión de la soberanía es, como se ve, independiente de la cuestión de propiedad o titularidad y se plantea a/ distinto nivel; Sin embargo la idea de la soberanía tiene algunas limitaciones: en primer término una limitación de he--

cho consistente en que allí donde no hay atmósfera parece -
que termina la soberanía; el problema es fijar el punto a -
partir del cual puede entenderse que ya no hay atmosfera; -
en segundo término una serie de limitaciones que descansan/
en la idea, trasplantada del derecho marítimo (125), de que -
el espacio atmosférico es de todos los hombres, razón por -
la que se reconocen las cinco libertades o al menos las cua-
tro primeras. Por último existe otra limitación espacial y -
de índole eventual: que el derecho de disfrutar del espacio
atmosférico tiene un límite inferior determinado por las --
ocupaciones que del espacio hagan los propietarios del sue-
lo, de tal forma que nadie podrá alegar derechos adquiridos
(salvo en proximidades de aeropuertos) para impedir al propie-
tario del suelo elevar una construcción más arriba de lo --
acostumbrado; el límite inferior del espacio atmosférico, -
de uso común y general, sería así indeterminado y estaría -
en función en cada caso de la altura real de los edificios/
por una parte y de la altura mínima a que deben sobrevolar/
las aeronaves para evitar perturbaciones y molestias.

Como se ve los límites son en todo caso imprecisos y/
están en función de ciertas variables.

(125) Vid. Jose Luis Villar Palasi. La intervención adminis--
trativa..... pág. 143.

Existía, decíamos, un tercer punto de vista consistente en configurar el espacio atmosférico como de dominio público de los Estados subyacentes. Tal tesis ha sido rechazada en general por la doctrina existiendo sin embargo algunas excepciones. Así en Francia especialmente el Comisario/
del Gobierno M. Chenot (126), en el asunto que terminó ^{/por/} "arrêt" del Consejo de Estado de 6 de Febrero de 1.948 sobre demanda de la Societe "Radio Atlantique" y "Radio Club Landais", sostuvo que era posible afirmar que "los fenómenos radioeléctricos hacen concebir, en el espacio por donde se propagan las ondas, la noción de un dominio público propio, cuya guarda, policía y explotación corresponde al Estado". Por su parte - Jean Dufau (127) participa también de esta teoría.

En nuestra patria Garcia Escudero y otros autores se oponen a tal concepción, por estimar que el espacio atmosférico más allá de lo que no es susceptible de apropiabilidad no es dominio público sino cosa común (128).

(126) Rfr. Revue du droit public 1.948 pág. 248.

(127) Jurisclasseur fasc. 403-404.

(128) Cfr. Garcia Escudero. "Las libertades del aire y las soberanías de las Naciones". Modesto Serna Moreno. Seix.

En realidad la presencia de ondas electromagnéticas no parece que baste a configurar la existencia de un dominio público por-que tales ondas es sabido que no necesitan la atmósfera para transmitirse lo que significa que no existe elemento aprehensible a cuyo través se propaguen; y careciendo/ el espacio como tal de entidad física, material no parece -- que pueda ser objeto de apropiación. Pero el espacio por otra parte puede ser concebido como un ámbito dentro del cual -- existe algo o por el que se pasa; normalmente existirá solo/ aire y a su través pasaran las aeronaves. El hecho de que el aire se desplace de un sitio a otro no quiere decir que sea/ inapropiable: el agua de los rios también es distinta cada -- segundo y de allí no se deduce su inapropiabilidad. El problema del aire es que en cuanto gas, por su abundancia, no -- ha sido tomado en cuenta por el derecho; hoy día sin embargo, su enrarecimiento y conservación hacen concebir el aire como un bien de todos los hombres, lo que no excluye un derecho -- de uso por parte de los Estados. Pero esto no permite hablar de un dominio público del Estado.

También las normas penales han servido de fundamento -- de la potestad interventora de la Administración; Así el Real Decreto Ley de 3 Septiembre de 1.928 dictado en plena dicta

dura, incluía entre las faltas y sancionaba a "los que instalasen estaciones emisoras radiotelegráficas y radiotelefónicas" sin la autorización debida o con falta de cualquier requisito legal" (art. 594). Viene a sancionar así los Decretos que establecían la necesidad de tal licencia sustrayendo los así a cualquier duda sobre su validez en lo que se refiere a la licencia únicamente y sin perjuicio de las dudas de validez del mismo.

En los artículos 217 y 225 se hace referencia a delitos cometidos por medio de las ondas electromagnéticas.

De todas formas, la revisión de la obra legislativa de la Dictadura dejó sin efecto tales disposiciones que después no fueron recogidas en las sucesivas reformas del Código Penal.

Por otra parte en cuanto contiene el Código Penal normas sobre una serie de comportamientos humanos que guardan relación con la radiotelevisión, injurias, subversión etc. - sirve para delimitar el ámbito máximo del lícito actuar en la materia.

La televisión plantea numerosos problemas en sus aspectos penales, como, por ejemplo, en materia de imputación de la responsabilidad penal en la que muy probablemente haya de seguirse un régimen muy parecido al de la prensa. En/

EE.UU. donde las emisoras que permitan acceso al medio televisivo a un candidato a un puesto público, están obligadas a dar el mismo tiempo a los demás y en las mismas condiciones, los directores de los mismos se resisten a veces a permitir/ el acceso a nadie por miedo a que recaigan sobre ellos posibles responsabilidades penales por afirmaciones de los candidatos a pesar de que sus jueces han afirmado ya en alguna ocasión que el director no es responsable de lo que a través -- del medio se diga por los candidatos.

Pero de todas formas y, por lo que a los aspectos constitucionales del monopolio respecta, las normas penales no -- han abierto las puertas al ejecutivo para regular por vía reglamentaria, con reserva en exclusiva para el Estado, el ejerccicio de una actividad con un fuerte amparo constitucional./ Por tanto, ni las normas internacionales con rango de Ley, ni/ las normas penales ni las administrativas con igual rango -- han legitimado la existencia de una prohibición de la actividad privada en esta materia con excepción de la Ley de 26 de Junio de 1.934, referida exclusivamente al servicio de Radio difusión Nacional como "función esencial y privativa del Estado" con el alcance que se indicó al analizar esta Ley; es/ decir, se reservaba al Estado con carácter privativo la actividad radiodifusora dirigida a toda la nación. No entraba en esa reserva el Estado ni la radiodifusión regional ni la lo-

cal.

Se vio también en su momento la existencia de dos normas con rango de Ley formal que son las únicas que permitirán afirmar la legitimidad del monopolio. Nos referimos a la Ley de 9 de Marzo 1.932, 10 de Noviembre de 1.932 y Ley de 29 de Diciembre de 1.934. Nos parece, sin embargo, que la Ley de 9 de Marzo de 1.932, la más relevante a estos efectos, pues la de 29-XII-1.934 se limita a repetir textualmente su dicción, no proclama clara y contundentemente monopolio alguno, sino que se limita a ordenar al Gobierno la reversión de concesión "dado el caracter nacional y de soberanía de los servicios". Por otra parte se trata de una Ley de Bases, aunque la de 29-XII-34 no tenga ya ese carácter y repita literalmente esa orden. De todas formas como decimos no existe una reserva clara en favor del Estado del servicio y en todo caso la referencia al carácter nacional excluirá las emisoras locales y regionales..

Además, la practica de la propia administración y las deliberaciones de las Cortes indican que no fue esta la intención del legislador, por lo menos en lo que se refiere a la radiodifusión. La Administración a los pocos meses de la Ley de 9-III-1.932 aprobaba un Decreto regulando la concesión de emisoras locales, lo que circunscribe, en todo caso, el -

alcance de la Ley de 9-III-1.932 a las emisoras nacionales, y aún para estas la Ley de 10-XI-1.932 permite prorrogas su cesivas. Las Cortes, a su vez, en la discusión de la Ley de Junio de 1.934 daban por sentado que la reserva exclusiva - para el Estado se refería solo a las emisoras de alcance na cional (129) sin hacer mención a la Ley de Bases de 1.932. La Ley de 29-XII-34 solo en unos meses posterior a la Radiodi-^{/de la/} fusión Nacional es aprobada sin discusión ninguna lo que in dica cual era el sentir del legislador sobre su alcance.

Hecha pues esta digresión, es preciso ahora volver - sobre los aspectos constitucionales del servicio dentro ya/ del nuevo régimen iniciado el 18 de Julio de 1.936.

El caracter abierto del nuevo sistema y la sucesiva - incorporación de normas fundamentales a las anteriormente - dictadas obligan a un estudio del conjunto de todas ellas - para valorar la incidencia de estas normas sobre el servi-- cio que comentamos.

(129) Además de las intervenciones reflejadas en su momento - merece destacarse la intervención del Sr. Barrios de Lis que en la Sesión del 13 de Junio de 1.934 agradece a la Comisión que precisase que la función esencial era solo en lo referente a lo Nacional y que lo local continuaba con el regimen en vigor.

De dos formas puede ser concebida la empresa televi--
sión como actividad industrial o comercial y como ejercicio
de un derecho fundamental, cual es la libre expresión del -
pensamiento.

Ambos aspectos estan recogidos en nuestra normativa -
fundamental. El Fuero del trabajo de 9 de Marzo de 1.938 en
su declaración XI afirma con caracter general el principio/
de subsidiariedad de la participación del Estado en la acti
vidad económica: solo cuando falta la iniciativa privada o/
la exijan los intereses superiores de la Nación. Y aún en -
estos supuestos la actividad no tiene por qué ser en exclu-
siva. La exclusiva supone una prohibición de actuación para
los particulares que se compagina mal con el "respeto a la/
dignidad, integridad y libertad" que el Fuero de los Españo
les de 17 de Julio de 1.945 proclama como principio rector/
de la actuación estatal y que reafirma en su capitulo III -
"todos los españoles tienen derecho al Trabajo y el deber -
de ocuparse en alguna actividad socialmente útil".

De la libertad de expresión se ocupa también el propio
Fuero de los Españoles que la proclama con el único límite -
de no atentar a los principios fundamentales del Estado. La/
libertad de expresión ampara así inicialmente a aquel que pa
ra expresar sus ideas quiera montar una estación televisiva/
ya que el Fuero de los Españoles no limita esa libertad solo

a algunos de los medios de comunicación sino que la formula/ con carácter general. Mas adelante se verá en qué medida la limitación de esa libertad inicial por razones de interés general cambia la situación jurídica del particular con respecto al Estado que de una situación de libertad con derecho a la/ abstención de los demás de actos que la perturben pasa o debe pasar a una situación de derecho subjetivo frente al Estado para que se satisfaga el interés público que ha justificado la desaparición de esa libertad.

Nuestras Leyes Fundamentales continúan así, verbalmente al menos, dentro de ese pronunciamiento liberal que se -- inició irreversiblemente en Cádiz y al que empezó a acompañar, casi simultaneamente, su propia antítesis en lucha constante. Lucha que marca la historia de nuestro presente y pasado siglo así como el de todos los países europeos, y que hace tan diversos a regímenes que empiezan afirmando parecidos principios.

Por lo que respecta a la televisión la afirmación en - nuestras leyes fundamentales de estos principios tiene una - gran relevancia a la hora de determinar la situación de los/ particulares frente al Estado en orden al ejercicio de las - libertades reconocidas en las Leyes.

En primer término es materia reservada a las Cortes, - y además en exclusiva, la regulación básica de los deberes y derechos de los españoles, según proclama el artículo 10 f)/ de la Ley de las Cortes; y siendo la libertad en sus diversas manifestaciones el derecho mas esencial que les corresponde, toda limitación a la misma deberá encontrar apoyo en/ las Leyes votadas en Cortes, según mandato expreso del apartado 34 del mismo Fuero de los "españoles (130).

Sentado esto, resulta que el ejercicio en exclusiva por el Estado de la actividad televisiva sigue sin encontrar amparo legal a nuestro juicio, salvo en el ámbito nacional. En/ efecto, vimos cómo la Ley de Junio de 1.934 afirmaba en su -- art. 1º "que el Servicio de Radiodifusión Nacional era una -- función esencial y privativa del Estado". En el debate previo se propuso hacer una referencia explícita a la Televisión, sin embargo no se consideró necesario y el Reglamento del -- año 1.935 habla ya de Radiodifusión de sonido e imágenes; en realidad el Reglamento no había cometido ningún exceso ya -- que la expresión Radiodifusión etimológicamente es muy amplia y legalmente, cuando se aprueba la Ley de 26-6-34 ya lo está/

(130) Cfr. Ley y Reglamento en España. Gallego **Anabitar**te.R.A.P. nº 57.

la de 22-6-34 por la que se aprueba el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Madrid de 9-12-1.932 y sus Reglamentos, aunque ambos se publiquen en la Gaceta de 28 de Junio. Pues bien los Reglamentos del Convenio de Madrid (13)/ distinguen ya entre Radiodifusión sonora y visual, en tanto/ que en el Convenio de Washington únicamente se habla de radiodifusión para referirse a la telefonica.

Por consiguiente, de derecho positivo, el sentido de la expresión Radiodifusión comprende tanto la televisión como la radiofónia; a menos que se sostenga que hasta la entrada en vigor de la Ley 22-6-34 y de los Reglamentos que esta/ aprobó no tenía efectividad la terminología del Convenio de Madrid. Frente a ello debe indicarse que aunque la referida/ Ley se publicó el mismo día que la del servicio de Radiodifusión Nacional (28-6-34) su fecha de aprobación por las Cortes y sanción y promulgación por el Presidente de la República es anterior; que, aunque la publicación de los reglamentos del Convenio de Madrid se hiciera en Julio, los mismos - habían sido aprobados por la referida Ley de 22-6-34; que el Convenio de Madrid había sido firmado por el Gobierno Español con anterioridad y, por último, que la expresión Radiodifusión

(13) Publicados en Julio del mismo año.

sión, expresandose con propiedad se compone de dos términos con un alcance muy preciso en materia de comunicación: difusión se refiere a la comunicación indiscriminada a cualquier persona; "radio" hace referencia al medio transmisor: las ondas hertzianas. Por consiguiente, la expresión comprende - tanto los sonidos como las imágenes, o ambas a la vez; la radiodifusión de sonidos es la radiofonía y la de sonidos e imágenes la radiotelevisión; a este respecto debe observarse que la expresión televisión a secas es equívoca, en cuanto al medio empleado para la transmisión de la imagen, pues puede verificarse tanto por ondas como por cable.

Por otra parte de no entenderse así el concepto de radiodifusión resultaría que el Reglamento de 1955 se habría excedido de su mandato legal y la reserva estatal de la radiotelevisión nacional carecería de cobertura legal.

Por tanto parece deducirse de todo lo expuesto que la televisión por cable y la televisión no nacional ^{/no/} es exclusiva del Estado sin perjuicio de los demás títulos que al mismo puedan corresponderle por razones de seguridad pública, /policia, o relaciones internacionales. En efecto, ninguna disposición con rango suficiente posterior a la Ley de 1.954 - ha consagrado tal monopolio y el Decreto Ley de 19 de Julio de 1.951 se limitó a crear el Ministerio de Información y -

Turismo con los servicios que entonces dependían de la Subsecretaría de Educación Popular (Mº de Educación) y otras dependencias del Mº de la Gobernación pero sin referirse para nada al alcance y naturaleza de las funciones que habría de ejercer el nuevo Ministerio.

Tampoco el Decreto de 15 de Febrero de 1.952 organizatorio del Mº de Información y Turismo definía el alcance de las funciones encomendadas a sus órganos y en su art. 17 - atribuía a la Dirección General de Radiodifusión la misión - entre otras, de "proponer la organización mas adecuada de la Televisión y demás progresos técnicos que se consigan" (132).

Es el Decreto de 3 de Octubre de 1.957 el que al regular la Administración Radiodifusora Española creada por el Decreto anterior 15-II-1.952 le va a asignar entre sus funciones:

"C).- La realización en exclusiva de las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de la televisión nacional".

Los sucesivos Decretos organizatorios del Ministerio y en primer lugar el de 29-XII-1.960, que suprimió la A.R.E. -

(132) La Ley de 20-XII-1.952 que convalidaba con rango de Ley/ este Decreto lo hacía en cuanto a la nueva denominación/ de la Dirección General de Propaganda y otros aspectos - que no afectan al objeto de nuestro estudio.

atribuyen a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión las funciones que el artículo 3, Decreto 3-X-1.957 confería al A.R.E. (13). Sin embargo sigue sin existir una norma con rango suficiente, salvo la Ley de Radiodifusión del 34,/ como para reservar su exclusiva al Estado un instrumento de opinión tan importante.

Tampoco las Leyes de Presupuestos contienen autorización de ningún tipo, por lo que habría que concluir que la reserva en exclusiva al Estado de los servicios de Televisión no tiene suficiente respaldo legal.

El problema se ha planteado hasta aquí de lege data, pero parece oportuno hacer un análisis de lege ferenda sobre la cuestión capital en este tema sobre la conveniencia del monopolio o no. En el examen de Derecho Comparado hemos tenido ocasión de ver los distintos regímenes existentes en -- otros países y también las polémicas que frecuente y repetidamente se han suscitado sobre el tema y la interesante clasificación de Enzo Cheli que no esta de mas recordar aquí.

Antes de nada parece necesario hacer una observación:/ la polémica sobre monopolio-libertad esta mal planteada. En/

(13) Igualmente los Decretos 11-X-1.962 y Decreto 18-I-1.968.

efecto, argumentos en pro de una y otra solución hay muchos/ y además frecuentemente son muy parecidos, solo que emitidos/ desde puntos de vista distintos: así la objetividad de la información será esgrimida por los partidarios de una y otra - tesis.

En realidad la alternativa monopolio-libertad contem--plada en abstracto es una discusión bizantina. El monopolio/ como sistema podrá ser valorado positivamente cuando asegure la objetividad e imparcialidad en la información y un buen - nivel en lo cultural y educativo, y lo mismo podemos decir - de un sistema de libertad total. Pero todos estos aspectos - dependen de un entorno político y cultural que los hace muy/ diferentes. Es obvio que el monopolio de la TV en Francia no tiene el mismo sentido que en un país socialista por ejemplo, o que en la misma Italia.

¿Es cierto como afirma la jurisprudencia del Consejo - de Estado Italiano que, dada la limitación de canales, el Estado se encuentra en las mejores condiciones de objetividad/ e imparcialidad para llevar adelante el servicio?. Afirmarlo con carácter general para todos los países sería temerario y aun en la misma Italia tal afirmación ha sido contestada.

¿Que ocurre si el Estado no es democrático y represen- tativo?. No cabe duda de que en tal supuesto el monopolio es

tatal no será el mejor sistema sino el peor sin duda alguna. En cualquier caso la virtualidad del monopolio no resulta de si mismo sino de las instituciones politicas de cada pais y/ aun de las contingentes circunstancias politicas por los que/ atraviese.

El ejemplo de Francia es suficientemente ilustrativo,/ el estatuto del ORTF del 64 fué acogido con gran esperanza - por la mayor parte de la doctrina francesa (134) con alguna ex cepción; la esperanza se fundaba en la independencia de la - ORTF y sin embargo la realidad política se encargó de demostrar la falta de autonomía del ente.

Las razones fueron expuestas en el vecino pais por diversos autores, según hemos visto en el capítulo correspondiente: Falta de independencia a nivel personal (libre designación de los principales puestos, posibilidad de remoción)/ y falta de independencia funcional (controles del órgano tutelante, inexistencia de un cauce para exigir responsabilidades al Director General, etc.).

Algunos de estos supuestos fallos se dan en la BBC y - sin embargo su independencia y objetividad es casi mítica (135).

(134) Cfr. Las posturas dispares del Debbash y Boissou anteriormente citados.

(135) Cfr. Enzo Cheli, op. cit. pag. 21 y 55.

No cabe duda que factores culturales y políticos conducen a resultados tan diferentes y no cabe duda de que la mayor homogeneidad del electorado inglés organizado fundamentalmente en dos grandes partidos no es ajena a ello. Son por tanto circunstancias contingentes e inaprehensibles jurídicamente -- las que condicionan la eficacia de un sistema.

La organización de la Televisión se mueve entre dos polos: uno es el de la total libertad de instalaciones por los particulares con control de la Administración; su máxima dificultad es que la limitación de canales disponibles y el -- coste de las instalaciones dejaría la actividad en manos de -- los más poderosos en régimen de oligopolio. El segundo polo/ es el monopolio exclusivo por el Estado; esta solución surge en realidad, no históricamente sino desde el punto de vista/ de la justificación, como subsidiaria de la anterior, precisamente porque el anterior sistema beneficia a unos pocos en perjuicio de muchos, el Estado se arroga la tutela de la mayoría aprendiéndose bien la lección de los defectos del liberalismo para reservarse en exclusiva la información por los -- nuevos medios radioeléctricos por razones "democráticas" y -- no por razones absolutistas. El argumento no deja de encerrar una cierta hipocresía cuando lo que se pretende es cerrar el acceso a los nuevos medios a grupos sociales que podrían tenerlo, pero, a--parte de esto, el sistema presenta también fa--

llos y el primero de ellos es el de dejar en manos de las -- fuerzas politicas, imperantes en un momento dado, la orientación de la Información.

Las objeciones que existen para ambos sistemas no dejan de ser graves, La aparición de técnicas nuevas de difusión -- por cable videocassettes, etc., mitiga la escasez de canales/ y de otro lado la creación de Entes autónomos pretende garantizar la independencia de la información y acción cultural. - Sin embargo, tal autonomía ó es ficticia por la independencia/ personal y funcional de los órganos gestores del Ente o si es real, amenaza con dejar la información al capricho de la persona que rija el Ente, solución que tampoco quiere nadie. La -- cuestión consiste por tanto en no coartar la autonomía de las personas que llevan la información sin por ello perder medios de control de su actividad, pero esta solución no puede plas-marse en una norma jurídica, sería cuestión de tacto y flexi-bilidad y desde luego un abuso de las facultades de control - sería difícilmente fiscalizable.

El sistema de monopolio nos parece que tiene dificultades insoslayables, estructuralmente es difícil que en un sistema de monopolio exista una información exacta objetiva e imparcial y una acción cultural satisfactoria, o, en todo caso, - institucionalmente es imposible garantizar esos efectos, reunirá esas virtudes la actividad televisiva, pese al monopolio,

cuando la persona tutelante y tutelada tengan dotes extraordinarios, los ejerzan con tacto y prudencia y no se vean forzados por las circunstancias políticas; lo normal será sin embargo que el partido o grupo en el poder trate de informar como mejor le convenga, trate de reducir la voz de la oposición, trate de presentar su actividad en el Gobierno como eficaz y justa, trate de difundir la cultura que le interese, etc., no hacerlo así, indicaría un alto sentido de la responsabilidad moral y cívica pero habría de reconocerse que una conducta tal sería contraria a la realidad de la vida política en la que es casi axiomático que quien tiene el poder -- tienda a mantenerse en él aunque sea abusando del mismo; todo el mérito del Constitucionalismo es haber tratado de montar un sistema que evitase la concentración del poder en una sola mano, no debe caerse en la equivocación de pensar que -- el cuarto poder (la Información, la opinión pública) donde -- mejor está es en manos de Ejecutivo.

Francia e Italia han tratado de mantener el equilibrio creando comisiones parlamentarias encargadas de vigilar y -- controlar la actividad televisiva; sin embargo tales comisiones son ineficaces en gran parte por las dificultades de un legislativo actuando a posteriori de los hechos y con estructura no adecuada para una labor ejecutiva diaria.

El problema de los medios de comunicación de masas en/

lo que respecta a la radiodifusión se presenta desde luego - complicado. El problema de la exactitud, objetividad e imparcialidad en la información y en la cultura no es sencillo; - es en este punto donde con plena conciencia hay que hacer -- una elección que cae al margen de lo jurídico, una elección/ que, al margen de cada concreta circunstancia histórica, pue da ser válida con caracter general.

Ello nos obliga a meditar sobre las cualidades ideales que podemos pedir a esa actividad de comunicación. ¿Es posible una información y una acción cultural exacta objetiva, e imparcial por parte de un único ente?.

La primera cuestión es la de saber si esas cualidades existen objetivamente en el mundo de los fenómenos o si lo/ exacto, objetivo e imparcial solo son conceptos puramente/ subjetivos: ante un mismo hecho dos interpretaciones distintas.

Desde luego no se trata de un puro subjetivismo pero/ a medida que los hechos que hay que comunicar se complican/ se hace mas difícil entender esos conceptos como algo objetivo y por tanto idéntico para todos los hombres. El problema se hace mas difícil cuando se piensa, ya no en la difícil

tad de informar objetivamente de unos hechos determinados, si no en los criterios de selección de esos hechos como materia informativa (136).

En la segunda parte de este trabajo se estudiará con mas detenimiento el tema de los límites y condicionamiento de la actividad de telecomunicación, pero baste ahora con -- adelantar la radical y esencial dificultad de ser exactos, -- objetivos e imparciales, no tanto por razón de una pretendida maldad en las personas sino como consecuencia de la diversidad y riqueza de la especie humana y de sus limitaciones; / dificultad que existe, por tanto, no solo en nuestro país si no en cualquiera.

Esto sentado, la inmediata consecuencia es que o se -- permite el pluralismo en la información o si se elige el monopolio este ha de organizarse, internamente, en la diversidad. Esta última solución ofrece sin embargo sus dificultades ya que el monopolio se ejercerá a través de una empresa / y nada hay mas nefasto en la marcha de cualquier empresa que la falta de una organización jerárquica; y en cuanto esta -- existe desaparece la diversidad o al menos se desdibuja.

(136) Cfr. Manuel Fdez. El Dº a la Información. pág. 70.

La libertad ofrece, por su parte, la dificultad de la limitación de canales y por tanto se trata de libertad para pocos, que además serán generalmente los mas poderosos economicamente; de todas formas, como muy bien se ha afirmado en la doctrina italiana, siempre será mejor el oligopolio que el monopolio, por otra parte los inventos de la técnica hacen posible hoy día el aumento de canales o estos pueden ser distribuidos por areas geográficas sin ocasionar interferencias. Sin embargo la libertad sigue presentando la grave dificultad de no garantizar plenamente la repetida exactitud - objetividad e imparcialidad; lo que ocurre en este supuesto es que esos valores se alcanzaran en la memoria y conocimiento del televidente que tiene ocasión de contrastar las diversas informaciones. Sin embargo la eventual unión de las empresas emisoras podría acabar con el logro de estos valores.

Es aquí sin embargo donde el Estado debe ofrecer un papel corrector: por una parte mediante medidas de policia y control pero, sobre todo, mediante su propia cadena de televisión, que sería asi punto de contraste con la iniciativa privada y que se vería a su vez limitada por esta.

En definitiva nos parece que la organización mas deseable de la televisión sería la concurrencia por una parte de/

una televisión estatal organizada autonomamente sujeta a una tutela funcional y flexible del ejecutivo supervisada por -- las Cortes y gestionada por organos ejecutores y deliberan-- tes que debiesen su designación al mayor número posible de -- entidades intermedias entre el individuo y el Estado, con -- una televisión privada, por otra parte, de alcance regional, / si tecnicamente no fuese posible la nacional, y local por me-- dio de cable donde el numero de abonados lo permitiese.

Nos parece que es preciso fomentar la concurrencia co-- mo única forma posible de lograr la objetividad, sin perjui-- cio de organizar la red estatal en la forma más apta para -- conseguirla.

Este sería el único contrapeso posible tanto a la ac-- tuación administrativa en la materia como a la actuación de / los particulares. Evidentemente no todo el mundo podría ins-- talar su emisora, sería necesaria una cierta capacidad econó-- mica que excedería de las posibilidades medias del ciudadano, pero eso mismo ocurre en la prensa sin que nadie se plantee / en los países occidentales la modificación del sistema infor-- mativo, al menos separadamente del economico-politico (13).

(13) Cfr. Manuel Fdez. Areal. El Derecho a la Información, -- pág. 35 y ss.

Ademas la concurrencia no solo asegura la objetividad sino también una mejoría de calidad; hasta tal punto es así que todas las televisiones organizadas en monopolio han buscado una cierta separación de cadenas o unidades fomentando la competencia entre ellas (138).

Sin embargo tal división a la larga se ha revelado como artificial e incapaz de perdurar por no romper la radical unidad de dirección del Ente.

El sistema de concurrencia en la forma que se propone por otra parte se practica en varios paises del mundo como/ Japón, Canada y Australia y en algunos paises como Francia/ e Italia ha sido propuesto como una de las posibles soluciones al problema a la vez que el monopolio como principio ha empezado a resquebrajarse o al menos ha sido puesto en cuestión (139).

La concurrencia puede establecerse desde instalaciones propias, que es la más radical o, en el caso de que por circunstancias económicas esto no sea posible, podría establecerse -

(138) Cfr. Lo dicho al hablar del sistema francés.

(139) Debbash: *L'evolution des monopoles...* cit
 Barde op. cit. pág. 23
 Sergio Fois op. cit. pág. 94 y 95
 Luciano Pasciochii, op. pág. 99.

una concurrencia en la programación reteniendo el Estado el monopolio y propiedad de las instalaciones.

En España como hemos visto la situación práctica es - la de monopolio pero desde un punto de vista estrictamente/ legal no parece que sea esa la situación prevista en las le yes. La de 1.934 como vimos, afirma el monopolio para el ser vicio nacional pero nada dice en lo demás. Que esto es así/ se deduce de la propia realidad radiofónica que admite junto a las emisoras estatales una serie de emisoras de carácter/ privado, muchas otorgadas después de la guerra a particula- res al Movimiento y a la Iglesia. El Decreto organizador del ARE carece de rango suficiente como para monopolizar una ac tividad que a nivel no nacional es perfectamente libre. Por otra parte la televisión por cable no queda comprendida en/ la Ley de 1.934 ni tampoco el sistema de videocassettes ya/ que no se trata propiamente de emisiones. Por tanto no se - deforma el derecho positivo vigente con una actividad no mo nopolística en la materia ya que queda al margen de las pre visiones de la Ley; por otra parte si circunstancias econó- micas hicieron imposible el pluralismo en estas materias no cabe duda que el monopolio se proclama solo con respecto a/ la emisión de la Radiodifusión Nacional, pero no respecto a la programación de la que el art. 3º de la Ley y el 5º del/ Reglamento preveen su concesión a Entidades Nacionales, y -

su orientación por una Junta Nacional que no sabemos que -- exista hoy día pese al mandato de la Ley y en la que junto/ a Corporaciones con fines artísticos, científicos, se esta-- blecía la presencia de Diputaciones, Ayuntamiento y Repre-- sentaciones de la Prensa.

A nuestro juicio la inexistencia de derecho positivo/ de un monopolio total y absoluto de la actividad según hemos visto a lo largo de esta exposición condicionan en gran medida el planteamiento que de derecho positivo hay que dar a toda esta materia. La existencia de hecho de un monopolio,/ por otra parte, no es un cheque en blanco para que el ejecutivo haga lo que quiera, puesto que no estamos ante un monopolio de los llamados fiscales en que su finalidad exclusiva consiste en la obtención de recursos económicos (140), sino que se trataría, en todo caso, de un monopolio de servicio que si restringe la esfera de los particulares es a costa - de satisfacer un interés superior, de aquí que aun existiendo monopolio legalmente constituido el mismo tiene siempre unas limitaciones que vienen dadas por la finalidad misma -

(140) Cfr. El Monopolio de Tabacos, Aspectos Jurídicos de su/ organización y explotación. Sebastian Martin Retortillo y Javier Salas Hernandez.

del servicio. Este condicionamiento alcanza a todos los aspectos de la actividad del servicio, y así, por ejemplo, en el supuesto de arrendamiento de programas, junto a la calidad técnica de los concesionarios, que duda cabe que habría de tomarse igualmente en cuenta la consecución de una cierta diversidad entre los posibles concesionarios, estableciendo incluso prohibiciones de concurrir a concurso si se tiene ya un número determinado de concesiones (14).

De la misma forma, en aquellas zonas no reservadas al Estado en exclusiva la situación de los particulares respecto al otorgamiento de la licencia es la de ostentar un derecho subjetivo al otorgamiento de la misma cuando no existan razones técnicas que lo impidan. En estos supuestos el Estado debía establecer con carácter previo los derechos y obligaciones de los particulares, en orden al otorgamiento de licencias de tal forma que estuvieramos ante un actuar jurídico y no un actuar arbitrario resultante del vacío normativo.

(14) Junto al derecho a la emisión de sus programas en concesionario estará obligado a permitir el acceso a sus antenas en la forma que se regule, a los que se sientan alrededor o simplemente a los que quieran expresar su posición sobre puntos fundamentales tratados de forma distinta por el concesionario.

Si todo español tiene inicialmente derecho a establecer una estación siempre que haya ondas disponibles y garantiza una determinada solvencia técnica, es preciso que, a priori, se determinen objetivamente los requisitos y circunstancias que dan derecho a ese otorgamiento pues se trata de una exigencia fundamental de todo estado de derecho: la igualdad inicial de todos los ciudadanos; el vacío legal solo sirve para esconder la arbitrariedad del que retiene el poder de licencia. La aprobación de una nueva Ley de Radiodifusión que se enfrente de nuevo con el problema es una necesidad ineludible y una muestra del avance y perfección del sistema jurídico y sobre todo este tema está una cuestión política fundamental, a saber, el respeto hacia los derechos de la persona a la libertad de expresión y a la información o por el contrario el desprecio hacia los mismos. No debe olvidarse/ que libertad de expresión y derecho a la información son -- dos caras de la misma moneda cuando el derecho a la información se entiende en su justo término, lo que ocurre es que/ a veces se ha exaltado el llamado derecho a la Información/ objetiva e imparcial, como sustitutivo de la libertad de expresión, justamente por aquellas corrientes ideológicas que incapaces de encauzar la diversidad prefieren encontrar formulas míticas que la unifiquen, afirmando que frente al derecho a expresarse, del estado liberal debe imponerse el de

recho a ser informado en la Sociedad actual; como se ve esa afirmación no resuelve las preguntas fundamentales de quién informa, de qué informa, cómo y cuándo; y oculta la gravísima dificultad de dar una información objetiva e imparcial - por la radical y esencial dificultad de hacerlo de que mas/ arriba hemos hablado. El derecho a una información objetiva, exacta e imparcial, por fuerza tiene que consistir en el derecho a escuchar las diversas opiniones que existen sobre cualquier tema (142) y si no se organiza de esta forma ese derecho solo sirve para escamotear una libertad y el derecho fundamental de la persona.

(142) Loiodice, Aldo, op. pág. 91.

- SEGUNDA PARTE -

=====

=====

CAPITULO CUARTO

"ORGANIZACION"

ORGANIZACION

El Estudio de la Organización de Televisión Española tiene un profundo significado si se contempla el fenómeno con visión tras- cendente de la pura estática de lo orgánico (43). Todo órgano tiene una función que cumplir, si quiere ser tal; y su mayor o menor apti- tud para cumplirlo, nos da la medida de su perfección. Si cumple -- bien una función técnica, su organización será, en general, buena téc- nicamente hablando y si además lleva en sí los elementos necesarios para respetar y promover la libertad, el bienestar y los derechos de los ciudadanos, entonces estaremos ante una buena organización en el pleno sentido de la palabra (44). De ahí que el estudio de la Organización en TVE, junto al examen inicial de la situación de lege data, deba enfrentarse con el tema desde la perspectiva de los fines a que más adelante se hace referencia. La televisión es un instrumento de comunicación social y en la realización de esa comunicación existen unos principios que deben ser respetados y, entre ellos, uno es el = pluralismo en todos los sentidos de esa comunicación social que sea así justo reflejo de una realidad social dada.

Hechas estas observaciones, deben señalarse las características más importantes de la Historia de Televisión Española empezando por subrayar la existencia de dos niveles diferenciados y diferenciados en relación con la actividad televisiva: el nivel de control, promoción, tutela, supervisión etc., de tal actividad a nivel administrativo y el nivel de realización concreta y diaria de la actividad por un conjunto de personas que forman una organización, una empresa. Una cosa es la Televisión en cuanto a empresa que trabaja y prepara programas de todo tipo y, otra cosa, es la Dirección General de RTV como órgano administrativo que controla, fiscaliza y promue-

(43) José Luis Villar Palasí. Apuntes de Derecho Administrativo. Curso 65-66. Tomo VI.

(44) Vid. ForsThoff. Tratado de Derecho Administrativo. pág. 547 y 88.

ve (45). Como Empresa, no sólo realiza materialmente los programas, sino que planifica y selecciona lo que va a producir y transmitir; como órgano administrativo, traza las líneas de la política cultural, informativa e incluso, es lo que hay que investigar, ideológica y propagandística y además controla la actividad empresarial televisiva por medio de una serie de técnicas que en su momento se señalarán.

De otro lado, el estudio de la organización comprende dos niveles distintos: uno es el puramente descriptivo de la Organización en un momento dado o en momentos distintos y otro es el valorativo de si esa organización es adecuada al fin que se quiere conseguir, de una parte, o si es conforme con la legalidad vigente de otra. Dividimos así nuestro estudio en varios capítulos de acuerdo con lo expuesto; en primer lugar analizamos la organización actual de la TVE con una referencia a su evolución histórica, comprendiendo en ese análisis tanto lo propiamente administrativo como lo empresarial; en segundo lugar se examina la validez de la organización actual para cumplir los fines del servicio y su legalidad para terminar con nuestras conclusiones sobre el tema.

II. Radiotelevisión Española (RTVE). Servicio Público centralizado.

Por Decreto de 11-X-1973 se reorganiza la Dirección General de Radiodifusión y Televisión y se establece RTVE como servicio público centralizado. Antes de examinar el alcance del establecimiento de tal servicio debe señalarse que de hecho Televisión Española venía funcionando como un servicio público centralizado.

En efecto, la Ley de Patrimonio del Estado de 15-IV-1964 ha venido a alterar el ámbito de aplicación de la ley de Entidades Es-

(45). Clr. Alfonso Pérez Moreno. La Forma Jurídica de las Empresas Públicas. pág. 116 y 231.

tatales autónomas y, por tanto, no tiene ya demasiada trascendencia práctica la calificación de servicio público centralizado de cualquier actividad comercial; así el artículo 106 de la ley citada dispone:

"La actividad industrial y comercial realizada por los Organismos autónomos y las Empresas, nacionales o no, de que sean partícipes o propietarios, así como la de los Servicios administrativos, se sujetará al régimen jurídico de la ley de Entidades Estatales Autónomas y disposiciones especiales".

Resulta de aquí que todo servicio administrativo cuando ejerce una actividad comercial o industrial ha de sujetarse al régimen jurídico de la Ley de EEA. Por su parte, el art. 107 LPE da normas complementarias sobre cuentas y antecedentes, que se hacen extensivas a "los servicios industriales y comerciales carentes de personalidad jurídica"; es evidente, por tanto, que TVE estaba sometida con anterioridad al Decreto de 11-X-1973 a las normas de la LEEA y dentro de ellas específicamente a las que regulan el funcionamiento de los servicios públicos centralizados.

A mayor abundamiento, la Orden Ministerial de 31-XII-1965, dictada en ejecución de los artículos 106 y 107 de la Ley de Patrimonio del Estado, mencionaba expresamente a TVE entre las Empresas que estaban obligadas a rendir los informes del art. 107 y 108 de la ley, lo que supone reconocer auténticamente la aplicabilidad de la Ley de EEA de acuerdo con el art. 106 de la de P.E.

Pero no sólo es que la Ley de Patrimonio del Estado sujete a la legislación de EEA toda la actividad comercial e industrial de los servicios administrativos, sean o no centralizados, sino que, en realidad, Televisión Española podía conceptuarse precisamente como servicio público centralizado. La Ley de EEA somete a sus disposiciones

los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado, bien se trate de servicios públicos centralizados, bien de comités, juntas, comisiones, etc; pues bien, su art. 3º nº 1 define los servicios públicos centralizados como aquéllos que "en atención a sus circunstancias tienen consignada la totalidad o la mayor parte de sus dotaciones en los presupuestos generales del Estado, en forma de subvención, sin la especificación y clasificación por capítulos, artículos y conceptos con que figuran en dichos presupuestos los créditos relativos a los demás servicios públicos centralizados".

Parece entonces que los servicios públicos centralizados que tienen el carácter de entidad estatal autónoma se distinguen de los demás servicios públicos centralizados en la forma en que sus dotaciones aparecen en los presupuestos generales del Estado. Resulta así algo cabalística la distinción en base al concepto de subvención (46), de sentido vago e impreciso y cuyo significado tal vez sea precisamente el de no especificar en capítulos, artículos y conceptos la aplicación de las dotaciones. A este respecto las leyes de presupuestos desde 1966 vienen incluyendo en su articulado, uno referente a los rendimientos de la publicidad radiada y televisada en el que se autoriza al Mº de Hacienda para aumentar las dotaciones de determinados capítulos de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión.

Parece así que TVE reunía los requisitos del artículo 3º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, faltando saber si para que un servicio público centralizado se considere como tal, es preciso que por disposición oficial concreta se le atribuya ese carácter como recientemente ha hecho el Decreto 11-X-1973. En realidad el carácter de entidad estatal autónoma no depende de un acto de creación concreta

(46) Sobre el concepto de subvención puede verse Julio Nieves Borrego, "Estudio Sistemático y consideración Jurídico-Administrativa de la Subvención" R.A.P. nº 42, pág. 17 y 55.

y específica, sino de reunir los caracteres recogidos en el artículo 3º citado; el acto de creación y denominación sí se exige para los organismos autónomos dado que ello supone la atribución de personalidad jurídica, pero no ocurre lo mismo con los servicios públicos centralizados cuyo carácter de ente autónomo no deriva de una atribución nominal de tal carácter, sino de reunir determinados requisitos (47).

De ahí que hayamos de concluir que la conceptualización de TVE como servicio público centralizado no suponga una sustancial modificación jurídica, dado que ya se le aplicaban las normas que regulaban la actividad de estos servicios, en virtud de lo dispuestos en los artículos 107 y 108 de la Ley de Patrimonio del Estado (48).

- El Decreto 11-X-1973

Sentado lo que antecede, vamos a examinar la estructura organizativa que establece el Decreto del epígrafe. El artículo sexto atribuye a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión competencias genéricas amplias sobre todas las materias relacionadas con la Televisión, su número 2 establece dos tipos de órganos relacionados con la Televisión:

- 1) La Subdirección General de Radiodifusión y Televisión.
- 2) Radiotelevisión Española (RTVE).

El Decreto no determina las competencias específicas de uno y otro señalando únicamente las estructuras de RTVE y su carácter de servicio público centralizado que se regirá por las disposiciones complementarias del Decreto, además de por éste y por la LEEA.

(47) El Decreto 19-VI-1962 clasificó en este grupo muy pocos entes.

(48) Cfr. Francisco Sosa Wagner. Organización y Control del Sector Empresarial Público en España. pag. 51 y 52.

Hemos dicho que el Decreto no atribuye competencias y, por ello, de acuerdo con la disposición final tercera del mismo, quedan en vigor las disposiciones relativas a las materias reguladas en la misma en lo que no sean modificadas; resulta así que la integración de Televisión Española en un servicio público centralizado no modifica la naturaleza de Televisión Española antes del Decreto, -- salvo su conceptualización como ente autónomo, pero lo que era y lo que comprendía Televisión Española antes del Decreto, es lo que se integra en ese ente autónomo. Y Televisión Española en sentido orgánico no era sino la Empresa que materialmente prestaba el servicio y en sentido funcional era el servicio mismo. Fuera de Televisión Española y por encima de ella estaba, de acuerdo con el Decreto de 21-III-1970 la Subdirección General de Televisión que era la que asumía la "gestión y explotación" de la Red de Televisión y el propio Director General que tenía directamente todas las competencias sobre Televisión no específicas del Subdirector General (estructurar, organizar, y cuidar el Servicio público de radiodifusión de sonidos e imágenes por medio de la dirección, conservación y sostenimiento de las instalaciones propias). Por tanto, Televisión Española no era sino la empresa propia que hacía materialmente las emisiones de Televisión, el conjunto de bienes y personal que cumplían tal misión y cuya cabeza empresarial era el Director de Televisión; por tanto, ésto es lo que se ha integrado en RTVE. Las competencias atribuidas al Director General de Radiodifusión y Televisión por el Decreto 21-III-1970 permanecen según la disposición final tercera del Decreto de II-X-1973, si bien algo ampliadas; pues la ampliación de competencias de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión es debida a que el Decreto de II-X-1973, contempla ya los nuevos medios de distribuir la señal de televisión, y en general el cable: de ahí esa referencia del artículo sexto nº 1 a las competencias en "la determinación del régimen jurídico y técnico, la promoción y el control del servicio público de radiodifusión de sonidos e imágenes cualquiera que sea el titular o el sistema de gestión en que se efectúe".

La Orden de Noviembre de 1973 ha desarrollado el Decreto de 11 de Octubre de 1973 pero sólo en lo que se refiere a la Subdirección General de Radiodifusión y Televisión, Subdirección General de Régimen Interior y Asesoría Jurídica; de RTVE no dice nada. La misma reduce las competencias anteriores que el Subdirector General tenía respecto a la gestión y explotación de la Red de Televisión; = ahora sólo tiene respecto a ésta unas facultades de supervisión, = control, planificación, sin perjuicio de otras facultades que le reconoce el art. 7 nº 1 de la referida Orden.

Ante el silencio de la Orden de Diciembre de 1973 se plantea el problema de saber cuales son las competencias de RTVE; en principio la delimitación negativa parece fácil; todas las que no correspondan a los demás órganos de la Dirección General. Sin embargo, el problema se plantea en el deslinde de competencia del Director General y de RTVE. En efecto, el art. sexto del Decreto de 11 de Octubre de 1973 desarrolla las competencias genéricas de la Dirección General, pero no especifica cuales de ellas corresponden específicamente a cada uno de los órganos; de aquí que de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico en su artículo 16 corresponde al Director General en principio "dirigir y gestionar los servicios". Por otra parte el hecho de que RTVE se configure como servicio público centralizado no = significa, "per se", autonomía de gestión como parece pretenderse; = la única circunstancia que cualifica un servicio público centralizado como entidad estatal autónoma es la forma en que aparecen consignadas en el presupuesto sus dotaciones presupuestarias, de ahí que, = faltas de personalidad jurídica, sea este aspecto financiero y contable, el único que los distingue de los demás servicios u órganos del Departamento; es decir, que desde el punto de vista funcional están igualmente sometidos al poder de dirección y gestión del Director General.

En el epígrafe siguiente veremos cómo la relativa independencia del Director General se logra en RTVE no por ser un servicio público centralizado sometido a la Ley de Entidades Estatales Autónomas, sino por su peculiar estructura orgánica y las paradójicas limitaciones que ello comporta.

Estructura Orgánica de RTVE.

El número cuarto del artículo sexto del Decreto de 11-II-1973 establece que:

"Radiotelevisión Española estará regida por el Consejo Rector y el Director General del Organismo, que será el de Radiodifusión y Televisión.

El Consejo Rector estará presidido por el Ministro de Información y Turismo, actuando como Vicepresidente primero, el Subsecretario del Departamento y como Vicepresidente segundo el Director General de Radiodifusión y Televisión; Serán Vocales del mismo: El Secretario General Técnico del Ministerio y los Directores Generales de Servicios, de Prensa, de Cultura Popular y de Espectáculos. El Secretario del Consejo será designado por el Ministro del Departamento entre el personal Directivo de la Dirección General".

La lectura del artículo puede producir cierta sorpresa a -- quien no conozca los antecedentes de la Junta de Televisión Española. En efecto, ¿cómo puede concebirse que en el número 2 anterior del -- mismo artículo se diga que depende de la Dirección General RTVE, si después en el Consejo Rector de este Organismo está el propio Ministro del Departamento, así como el Subsecretario y Secretario General Técnico?. El Consejo Rector repite así en cierto modo la estructura jerárquica del Departamento, pero bajo la dependencia de la Dirección General. Por otra parte, si RTVE se concibe sobre todo como empresa a

la que corresponden determinadas funciones de órden material y eecutivo, no se comprende bien la presencia de los más altos cargos del Departamento en su Consejo Rector. Tal organización podría tener sentido si se tratase de un Organismo Autónomo con plena personalidad jurídica, pero no tratándose de un servicio dependiente de una Dirección General, ¿para qué se ha creado entonces ésta? Sobra la Dirección General o sobra el Consejo Rector.

En realidad, la estructura orgánica que el Decreto 11-X-73 establece viene a ser una repetición de la tradicional estructura de la llamada Junta de Televisión Española con algunas alteraciones en lo que a los vocales se refiere por desaparecer todos los que antes la formaban, entre ellos, los representantes del personal.

Desde luego podría pensarse que, en realidad, la presencia como vocales del Consejo Rector del Director General de Prensa, Cultura Popular, y de Espectáculos, posibilita una unificación de los = objetivos de cada una de las Direcciones Generales dentro del Servicio de Televisión; sin embargo, con ello se pondría de relieve el carácter instrumental de la Televisión en cuanto simple medio técnico de difundir una cultura, una información y unos espectáculos; en definitiva, sería poner en entredicho la existencia de una Dirección General de Radiodifusión y Televisión con una política cultural e informativa propia, ya que, si el Director General de Radiodifusión y Televisión ordena, fomenta y vigila la difusión de servicios e imágenes y las emisiones de televisión, es porque en esos medios de comunicación sigue su propia política cultural, informativa, etc. subordinada al Ministro, naturalmente, pero nó a los demás Directores Generales del Departamento.

Además, la posición del Consejo Rector y sus relaciones con el Director General son muy peculiares, pues de una parte el Consejo Rector como Organo ^{de} RTVE depende del Director General de Radio y Televisión, pero por otra, forman parte de él personas superiores jerár-

quicas del Director General. A esta singular circunstancia hay que añadir que el propio Director General de Radiodifusión y Televisión es Vicepresidente segundo.

Todo ello hace muy confusa la dependencia del Consejo Rector respecto al Director General, o al revés, y si, a ésto añadimos el que las competencias de RTVE no estén concretamente definidas y parece que comprenden la ejecución material de las emisoras, se llegará a la conclusión de que el Consejo Rector, en apariencia, es mucho Organo para tan poca función.

¿Qué se pretende entonces con un Organo de esta naturaleza? Varias hipótesis pueden sostenerse: bien se quiere tener un Organo colegiado que haga más plural y más rica la orientación de la Televisión, bien se quiere evitar que la Televisión como instrumento político de primera magnitud quede en exclusiva en las manos de un Director General, o bien simplemente se trata de crear un Organo más con sus correspondientes gastos, dietas, participaciones, etc.

La primera hipótesis podría ser válida si no fuera porque = la orientación de Televisión parece que pertenece al Director General correspondiente, de acuerdo con el artículo sexto-uno sin perjuicio de las competencias del Ministro que, en todo caso, es quien unifica la política de todos sus servicios; por otra parte, las funciones propias del Consejo Rector si es que son de carácter material y ejecutivo, no parece que exijan la presencia de los más altos cargos del Departamento.

La segunda hipótesis no tiene constatación práctica, pero, lo cierto es que un Director General que dentro de un servicio tiene un Organo formado por sus superiores, es un Director General "sui géneris"; es decir, que además de su subordinación por razones jerárquicas y políticas, su política queda más condicionada por la exis-

tencia de una Junta o Consejo que en un momento dado puede paralizar su actuación aunque en la práctica esto no haya ocurrido; en realidad en virtud de la jerarquía, el Ministro puede dirigir con carácter general la actividad de sus inferiores, pero no con carácter particular; en virtud de resortes políticos, el Ministro podrá dirigir además con carácter particular o general tal actividad, pero su única arma es el cese, que no depende del propio Ministro. La última hipótesis no puede ser descartada aunque es posible que juegue con las otras dos.

Vemos pues los problemas que plantea la creación de la RTVE y las paradojas que origina su estructuración, pero al margen de estas paradojas hay que captar también su razón de ser histórica que puede buscarse en la existencia de la llamada Junta de Televisión Española, cuyo surgimiento dentro del segundo período del servicio se examinará después.

La RTVE no surge repentinamente el 11-~~X~~-1973, sino que es algo que responde a una evolución del propio servicio que nació con vocación de Organismo autónomo con plena personalidad jurídica y que no ha renunciado a esa idea como se vé en el preámbulo de la Orden de 13 de Febrero de 1964, según luego se dirá, que consideraba la Junta de Televisión como una de las bases de la futura organización autónoma de la Televisión.

Redactadas ya estas páginas ha aparecido en el Boletín Oficial del Estado de 8 de Marzo, la Orden de 8 de Marzo de 1974 que de roga la de 11 de Febrero de 1964 reguladora de la Junta de Publicidad en Televisión Española. Habíamos creído que la creación por Decreto de un Consejo Rector para RTVE suponía la desaparición automática de la Junta de Televisión Española, sobre cuya validez se hará más adelante el oportuno examen. No ha sido así, sino que una vez más por Or des Ministerial se recortan funciones a los Organos establecidos por normas de rango superior; sus competencias se limitan estrictamente al

campo publicitario, pero para regular esos temas tan materiales y de detalle forman la Junta nada menos que el Ministro (Presidente) el Subsecretario (Vicepresidente), el Director General de Radiodifusión y Televisión (Vicepresidente), el Subdirector General de Radio difusión y Televisión (Vocal).

Presidente: Ministro.

Vicepresidente primero: Subsecretario.

Vicepresidente segundo: Director General de Radiodifusión y Televisión.

Vocales:

Subdirector General de Radiodifusión y Televisión.

Subdirector General Director de los Servicios Informativos de RTVE.

Subdirector General de Personal del Ministerio.

Subdirector General de Actividades Publicitarias.

Oficial Mayor del Ministerio.

Interventor del Ministerio.

Presidente del Sindicato Nacional de Prensa, Radio y Televisión y Publicidad.

Abogado del Estado en la Dirección General de Radiodifusión y Televisión.

Gerente de RTVE.

Director de TVE.

Director de RNE.

Director de Coordinación de Programas de RTVE.

Director de Programas de TVE.

Gerente de Publicidad de TVE.

Gerente Adjunto de Publicidad de TVE.

III. Antecedentes e intentos de autonomía.

Como hemos dicho el Decreto de 11-X-1973 está en realidad dentro de la línea de intentos que, a lo largo de su historia, han perseguido dar autonomía al servicio de Televisión. Cuando se crea el Ministerio de Información y Turismo su primer Decreto Orgánico de - = 15-II-1952 preveía ya la existencia de la Administración Radiodifusora Española que el Decreto de 3-X-1957 conceptúa como organismo autónomo con plena personalidad jurídica.

Las competencias que el referido Decreto de 3-X-1957 otorga al ARE responden a la idea de que efectúe funciones materiales:

- a) Explotación, conservación y sostenimiento de estaciones.
- b) Realización de informaciones de carácter nacional.
- c) Realización de emisiones de Televisión.

En realidad, se trata de competencias de índole material que no interfieren las competencias administrativas de la Dirección General de Radiodifusión.

Es este un punto que está presente en toda la evolución de Televisión Española porque ésta, aparte de sus aspectos burocráticos y administrativos, es también una empresa en el pleno sentido de la palabra; es decir una "organización" de personas y cosas con vistas a su funcionamiento. Como tal empresa TVE tiene un elevado número de empleados y obreros, celebra contratos de publicidad, sobre derechos de autor importación y exportación de películas, etc. En definitiva, aspectos todos que exceden de lo que es propiamente burocracia para entrar en - lo que es una empresa que produce, controla, paga, asegura, compra, - vende, etc.

El Director General de Radiodifusión y Televisión no tiene - porqué meterse en esta organización empresarial que debe mantenerse - al margen, regida por un Director, Junta o quien sea pero independientemente de la línea político-administrativa.

La diferencia entre ambos niveles se presenta igualmente en - otros países en los que igualmente existe el monopolio o cuasimonopolio, por ejemplo, en Francia e Inglaterra. Aparte de los fines políticos que se persiguen con la descentralización, esta se apoya también en la propia substantividad de la empresa televisiva. El fundamento de las "Public Corporation" ha señalado Robson (14), y ello es aplicable naturalmente a la BBC, puede encontrarse en la separación entre - política y dirección y administración; quiere decirse con ello que - en realidad la potestad de dirección política es separable de la actividad y dirección práctica; las fronteras podrán ser más o menos precisas. Dentro del servicio de televisión puede distinguirse así una actividad empresarial consistente en la efectiva realización de las - emisiones.

Esta hubiera sido la función de la ARE (tal vez un poco más - allá de lo puramente empresarial) si se hubiera llegado a constituir, lo que no ocurrió, quedando así unidos definitivamente ambos niveles, político-administrativo y empresarial hasta la actualidad, pese a que la dimensión empresarial fuese reconocida por la Orden Ministerial de 31-XII-1965 que consideraba la Televisión entre las Empresas obligadas a rendición de cuentas.

¿Cómo se ha llegado a esta situación desde aquel Organismo - Autónomo previsto en el primer Decreto Orgánico del M^º? En realidad la ARE no parece que llegase a existir como tal Organismo autónomo. - Debió ser, más bien, una denominación que englobaba todas las Cajas -

(14) Las "Public Corporation" en Gran Bretaña RAP nº 22. Vid. en el mismo sentido Alfonso Pérez Moreno "la forma Jurídica de las Empresas Públicas" pag. 116.

existentes en el momento de traspasar el recién creado M² de Información, los Servicios de la Subsecretaría de Educación Popular; por eso, cuando por Decreto de 3 de Octubre de 1957 se regula su funcionamiento, se prevé en su disposición transitoria su integración provisional en la DG.RTV hasta que se apruebe su Reglamento Orgánico, lo que nunca su cedió. Por esa razón, también, la Orden de 21-IV-58 instituye un Patronato, que hace de órgano de tutela de un ente en formación, con apoyo en la disposición transitoria del Decreto de 3 Octubre 1957, y cuya única misión es el control de cuentas y presupuestos. Sin embargo esta situación provisional terminó con la reorganización de la D.G.R.T.V. efectuada por Decreto de 29-XII-1960 que atribuyó a la D.G. las funciones que el Decreto de 3-X-1957 atribuyó al ARE. Así abortó el concebido organismo autónomo cuyas normas de creación han quedado sin efecto no por derogación expresa, sino por vaciamiento material de funciones. La cuestión es saber si la ARE fué creada sin llegar a establecerse - (sin llegar a existir) o si por el contrario llegó a tener existencia; la cuestión tiene importancia, pues la disposición transitoria 1ª y 2ª de la Ley de Entidades Estatal Aut. de 26 de Diciembre de 1958 (BOE del 29) dispone la aplicación de la ley a las existentes en un plazo de - seis meses desde su publicación y, en consecuencia, les era de aplicación su artículo 14 en cuanto a su extinción, que exige una ley en cada caso ^{si} no se ha fijado un plazo concreto de duración del ente o si su fin no ha sido cumplido. En este caso ninguna ley ha extinguido la ARE, sino que por medio de un Decreto Orgánico se han traspasado sus competencias a la Administración Central. Si la ARE además de ser creada, había sido establecida, es evidente que sólo por ley podía extinguirse y es evidente que despojarle de sus competencias equivale a esa extinción, sin que por otra parte sea de aplicación la Disposición final 1 de la ley de Régimen Jurídico que se refiere a la Administración Central, la referencia a organismos no pueden entenderse en el sentido de personas jurídicas; además la ley de Ent. E.A., posterior, ha aclarado definitivamente la cuestión.

Por el contrario si la ARE no hubiera llegado a existir el problema es distinto; se trata entonces de un incumplimiento práctico de la norma de creación que determina la inexistencia del Ente Autónomo - como tal, y por ende, la inaplicación del régimen transitorio de la L.E.E.A. que se refería solo a la E.E.A. existentes. En consecuencia, no se produce la elevación del rango normativo del Decreto de aprobación del Ente, establecido por las referidas disposiciones transitorias en relación con el artículo 14 de la Ley, y, por tanto, por otra norma de igual o superior rango, en este caso el Decreto de 29-XII-60, puede modificarse la situación establecida.

La elevación del rango se produce desde el momento que se exige ley para la extinción de los organismos existentes (50).

El problema está pues en saber si la ARE llegó o no a existir, pues de lo que no cabe duda es de que se creó. ¿Cuándo nace al mundo del Derecho la personalidad jurídica de estos Entes, cuándo se crean o cuándo se establecen? La vigente ley de EEA distingue claramente entre su creación y su establecimiento aunque el nº 1 de su artículo 6 sea algo confuso cuando dispone: "la creación de organismos autónomos habrá de ser autorizada siempre por una ley". (51).

La ley no autoriza a crearlos propiamente sino que los crea y así el mismo artículo 6 en su nº 3 dice: "Las leyes de creación de los organismos autónomos constituirán por tanto, los estatutos de cada uno de ellos y determinarán de manera específica...". Es la ley la que crea el organismo pero es ella también la que determina las bases generales de su organización. Así, la ley "concibe" la forma y funciones del Ente, pero éste propiamente no existe hasta que se organiza ordenando sus medios financieros, materiales y personales. Solo podemos -

(50) Vid. José Luis Villar Palasí: Derecho Administrativo, pág. 340.

(51) Gr. García Trevijano. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, pág. 107 y 55.

decir que existe cuando sea capaz de ponerse en marcha, de cumplir sus funciones y sin una organización de medios materiales y sin personas - que como titulares de sus órganos hagan querer al Ente no podemos decir que éste exista; la ley de creación no llega a designar los titulares ni a organizarlo materialmente; y sin titulares que lo hagan - andar no puede existir; otra cosa es que un Ente ya nacido quede provisionalmente sin titulares de sus órganos directivos, en tal caso su existencia y personalidad continua, así como sus relaciones patrimoniales anteriores, igual sucede cuando se^{re}organiza; sin embargo, cuando se trata del primer establecimiento, su existencia no puede nacer solo con su ley de creación.

En este caso la ARE se crea con anterioridad a la LEEA pero el problema se plantea en los mismos términos: la ARE se crea e incluso tiene un principio de organización; el propio Decreto de 3 de X-1957 reconoce en su artículo primero la existencia de consignación presupuestaria en lo correspondiente a los bienios 1954-55 y 56-57; ahora bien ¿quiere esto decir que el organismo autónomo ARE llegó a existir como tal? A nuestro juicio no, y ello, por una importante razón: no se llega a redactar un Reglamento Orgánico y una persona jurídica sin órganos es imposible; resulta así que la atribución de competencias y las consignaciones presupuestarias caen en el vacío de la ausencia de organización. Por ello, la Disposición Transitoria del Decreto de 3-X-57 preve su integración en la D^o Gral. de Radiodifusión hasta tanto no se dicte su Reglamento Orgánico. Con ello desaparece su personalidad; no puede ser organismo autónomo con plena personalidad jurídica e integrarse en la D^o Gral. RTV que es algo distinto de depender de ésta. Si un ente sin órganos se integra en un órgano de la Admón del Estado ¿qué personalidad jurídica le queda?

Sin embargo no puede perderse de vista que el primer Decreto Orgánico del M^o de Información y Turismo, en su artículo 18, preveía la existencia de ARE bajo la dependencia de la D^o Gral. R^o reorganizando en ella todas las Cajas existentes dependientes de dicha Dirección

sin especificar concretamente la naturaleza jurídica de la nueva dependencia; por su parte, la disposición adicional 1ª traspassa a favor de ARE el saldo de la cuenta corriente existente en el Banco de España a nombre de la Red Española de Radiodifusión (R.E.D.E.R.A.). REDERA no era propiamente un organismo autónomo ni hemos visto ninguna disposición ~~creándolo~~; se trataba simplemente de una caja especial del Servicio de Radiodifusión Nacional.

Pues bien, la función de la ARE era reunir todas las cajas especiales dependientes en Febrero de 1952 de la Dª Gral. de Radiodifusión; esa reunificación podía hacerse dándole plena personalidad jurídica o sin dársela; pero cuando en la disposición adicional 1ª se dice que el saldo de la cuenta corriente de REDERA se acreditara a favor de ARE como patrimonio fundacional, se está pensando en un ente con personalidad jurídica y no sólo en una caja especial. Lo que ocurre es que al no organizarse el ente como tal, la ARE debió funcionar de hecho como una caja especial de la misma forma que lo había hecho REDERA con anterioridad (152).

De ahí que las disposiciones (Ley de Presupuestos, Decreto 3-X-1957) se refieran a ARE como algo existente cuando ciertamente, no había llegado a organizarse como ~~tal~~ ente independiente dotado de personalidad jurídica.

Hecha esta referencia histórica, puede comprenderse mejor la evolución posterior de la Organización que ha sido influida por este anómalo origen como luego se verá. El Decreto de 29-XII-60 al atribuir a la Dª Gral. de RTV las competencias del ARE no infringe el artículo 14 de la Ley de Ent. E.A. porque el ARE no había llegado a nacer; la transmisión de competencias es correcta y sin embargo, la sombra del -

(152) Sobre el carácter de las empresas propias como cajas especiales véase lo escrito por José Luis Villar Palasí en R.A.P. nº 3, pág. 90 y 93.

ARE sigue planeando, consciente o inconscientemente, sobre la organización de Televisión.

La Orden de 22-Abril 1958 dictada con apoyo en la comentada disposición transitoria del Decreto de 3-X-57 constituye un Patronato de Televisión compuesto entre otros por el Mº del Departamento, el Su secretario, Secretario Gral. Técnico, etc. las funciones de este Patronato son de control y fiscalización, en definitiva, de la Dº Gral. de R. a través de la aprobación de presupuestos trimestrales y cuentas; como queda dicho, este Patronato se establece con apoyo en la Disposición adicional de Decreto de 3-X-1957 que provisionalmente integra la ARE en la Dº Gral. R. con ello se establece una tutela económica sobre el futuro organismo autónomo. La desaparición del ARE por asunción de sus funciones, por la Dº Gral. de RTV con reforma de 29 - del XII-1960 hacía innecesario el mantenimiento de este Patronato; sin embargo, por O.M. de 1 de Marzo de 1961 se crea una Junta de Televisión que en su composición recuerda mucho al anterior Patronato pero que, a nuestro juicio, rompe el equilibrio orgánico del Decreto de 29-XII-60, en relación con el Decreto de 12 de Febrero de 1952; en efecto, si al Ministerio reservaba el Decreto de 12-II-52 la alta dirección del Departamento y al Director General la gestión, estructuración y organización del servicio público de Radiodifusión y Televisión, la Junta que constituye la Orden de 1-III-61 altera esta situación.

- 1) La Junta aprueba el plan general de programación lo que parece rozar las competencias del Director General.
- 2) Aprueba los presupuestos semanales de programas con lo que se controla cada programa con todo detalle.
- 3) Aprueba los costos de la semana anterior.
- 4) Aprueba los contratos publicitarios.

- 5) Determina las formas de producir publicidad tanto en lo que se refiere a su calidad artística como a su contenido.
- 6) Interpreta las tarifas de publicidad.
- 7) Aprueba previamente las tarifas antes de someterlas al Ministro.
El artº 22 del decreto 29-XII-1960 encomendaba a la D.G.RTV la tarea de proponer al Mº las tarifas de publicidad.

Los acuerdos de la Junta necesitan el refrendo del Ministro como Presidente de la misma, cuando son tomados en ausencia suya sin unanimidad.

Nos encontramos así con un órgano no previsto en el Decreto de 15-II-1952 ni en el Decreto 29-XII-60, que, sin embargo, comparte funciones muy importantes con el Director R. TVE llegando a descender a pormenores como la programación semanal, interpretación de las tarifas, etc. No cabe duda de que la creación por O.M. de una Junta de Televisión, de alguna manera rompe la organización de la Dirección General, es una especie de parche. No hay más que comprobar como el Consejo de Ministros por su Decreto de 29-XII-1960 atribuía a D.G. RTV la elevación al Ministerio de la propuesta de fijación de tarifas y, sin embargo, por la O.M. que comentamos se limita esa potestad al exigir previa aprobación de la Junta que se constituye. El Decreto de 29-XII-1960 atribuye a la D.G.RTV funciones amplísimas sobre la TVE, sometidas únicamente a la Alta Dirección del Ministro y a su potestad reglamentaria; la O.M. de 1-III-61 altera esas competencias, sujetando al Director General con la voluntad de una Junta de nueva creación. Que esta Junta en la práctica ejerza sus funciones o no, es algo que no importa en este momento, basta señalar que el D.G. de RTV, que ocupa un puesto eminentemente público, sabe que además de su obediencia jerárquica, está sujeto y controlado por una Junta que puede tomar las riendas de sus competencias.

Pero esta Junta ¿estaba válidamente constituida? El Decreto de 15-II-1952 atribuye desde luego al Ministro "la organización de sus servicios" (del departamento). Por su parte la Ley del Régimen Jurídico de A.E. y la Ley de Procedimiento Administrativo habían aparecido en el Ordenamiento Jurídico de nuestro país regulando unitariamente la potestad organizatoria y así, el artículo 2 de la Ley citada en último lugar, reserva en exclusiva al Consejo de Ministro no sólo la creación, sino toda modificación o supresión de Organos de la Admón. Superiores a Secciones y Negociados y el artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico A.E. enumera las atribuciones de los Ministros.

Parece evidente que la O.M. de 1-III-61 supone modificación de las atribuciones del Director General de Radiodifusión y Televisión y, por tanto, la creación de la Junta no es conforme con la legalidad vigente en materia de organización.

Si la Junta fuese un órgano consultivo o asesor o que no supusiera modificación de órganos a nivel superior a Secciones y Negociados la O.M. 1-III-61 sería perfectamente válida pero, el alcance que quiere darle a la Junta que crea, la invalida.

Esta situación se ha mantenido hasta la actualidad pese a que el Decreto de 11-X-1962 reorganizó la Dirección General y nuevamente - le atribuyó en plenitud competencias en materias radiodifusoras sin referencia a Junta ninguna, pues por nueva O.M. volvió a alterarse el estatu quo, hasta el punto que el artículo 5 de la citada O.M. de 13 febrero de 1964 atribuye a la Comisión de la Junta de Televisión como - funciones, "todas las necesarias para la dirección, gestión y explotación de las actividades de Televisión".

La explicación de esta duplicidad de Organizaciones pretende - darla el propio preámbulo de la O.M. 13-Febrero-1974, que termina diciendo textualmente "queda así la Junta perfilada como órgano Colegiado con plenas atribuciones sobre la materia, con lo que se sientan pa-

ra el futuro las bases de una Organización Autónoma de la Televisión - Española".

Sin embargo, la coexistencia de una estructura orgánica a nivel de Decreto y otra a nivel de O.M. planteaba problemas de gran trascendencia. Como hemos visto la potestad normativa de los Ministros no alcanza a la reforma y modificación de órganos superiores a Secciones y Negociados. Las Juntas pretendían aparecer como inocuos órganos - = "staff" que, sin embargo, tienen plenas competencias; si se examina la composición de ellas se verá que la integran autoridades y personas del mismo Ministerio relacionadas ya entre ellas por principios de jerarquía. ¿Qué sentido tiene repetir la estructura Ministerial en un órgano específico?

El sistema de las Juntas puede suponer una enorme concentración de poder en manos de los Jefes de Departamento más allá del principio de la jerarquía. Mediante él, puede el Ministro contrapesar las atribuciones de sus subordinados con el control de otros y quedando él como árbitro de todas las discrepancias no en materia de Alta Dirección sino en cualquier asunto de detalle. Obviamente, no es necesario que el Ministro esté presente en todas las Juntas, lo normal incluso es - que no esté; pero es la posibilidad de que lo haga lo que somete a - sus inferiores a su plena y absoluta voluntad.

No puede encontrarse otra explicación a nuestro juicio al fenómeno de las Juntas creadas en los años 60 en el Ministerio de Información y Turismo.

Nos encontramos así con que hasta el Decreto 11-X-73 la organización del servicio de Televisión integra los niveles políticos, administrativos y gestores atribuyendo competencias en la materia al Ministerio de Información y Turismo que se confiaron por el Decreto de - 21-III-70 al D.G. de Radiodifusión y Televisión conservando el Ministro

las competencias previstas en el artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico. La Dirección General era así el órgano específicamente competente de acuerdo con el mencionado Decreto para "estructurar, organizar y cuidar el funcionamiento del Servicio Público de Radiodifusión de sonidos e imágenes en todos sus aspectos por medio de la Dirección, gestión, explotación, conservación y sostenimiento de las actividades propias..."

A su vez el artículo 32 confía a la Subdirección General de TV la gestión y explotación de la Red con un Órgano dependiente de ella pero al que no se atribuye ninguna competencia específica: la Dirección de TVE.

Quedaba así organizado el Servicio a través de los siguientes Organos jerárquicamente ordenados:

- 1) Ministro. Dirección superior de su Departamento y de sus Organos inferiores con carácter general (art.7).
- 2) Director General. Competencias genéricas sobre Radiodifusión y Televisión, lo no atribuido a otros Organos de la Dirección era competencia exclusiva del Ministro.
- 3) Subd. Gral. Televisión. Competencias sobre gestión y explotación de Televisión.
- 4) Director General. La Dirección de Televisión queda así como un Órgano interno a las órdenes del Subdirector, cuya competencia y funciones dependen de los que éste le delegue.

Junto a este esquema orgánico, existía la Junta de Televisión Española a que más arriba nos hemos referido y que se interfiere en las competencias de la Dirección General.

También existen unos órganos consultivos denominados Asesorías (53).

Es en este contexto en el que se dicta el Decreto 11-X-73 que configura RTVE como servicio público centralizado. Sin duda ahora, tras el examen de la evolución orgánica de nuestra Televisión puede apreciarse cómo el Consejo Rector no ha hecho más que seguir la tradición que a través de Patronatos o Juntas pretendía hacerse la ilusión de una autonomía sin sentido. Sin embargo, aunque en este sentido el Decreto 11-X-73 no nos parezca innovador, hay un punto que merece subrayarse. Hemos visto cómo la aparición de las Juntas de Televisión Española suponía una alteración por vía de Orden Ministerial de la Organización establecida por Decretos del Consejo de Ministros; cómo las atribuciones de los Directores Generales resultaban alteradas por las Ordenes Ministeriales que modificaban el equilibrio de competencias. Pues bien, esa doble línea normativa, a nivel de Decreto y a nivel de Orden Ministerial pudo desaparecer en el Decreto de 11-X-73 que refunde ambas concepciones de la organización del Servicio asumiendo dentro de sí tal contradicción sin hacerla desaparecer como más arriba hemos visto.

En la actualidad por tanto los órganos que de una manera u otra tienen competencias en materia de Televisión son los siguientes:

- 1) Ministro de Información y Turismo. Dirección de su Departamento y de sus órganos inferiores con carácter general.

(53) Sobre el alcance de las Asesorías pueden verse las críticas de Jose Antonio González Casanova en el Régimen Político de la Televisión (pág. 205). También Desarrollo Político y Constitución Española de Jorge de Esteban y otros.

- 2) Director General: con competencias genéricas en materias de Radio difusión y Televisión y específicas en lo no atribuído expresamente a otro órgano de la Dirección General.
- 3) Subdirector General de Radiodifusión y Televisión. Supervisión, e control, etc. artículo 7 nº 1 Orden Diciembre 1973.
- 4) RTVE. Parece que comprende la organización empresarial de la Televisión, pues de otra forma sus competencias se interferían con las del Director General.
- 5) El Ministro, el Subsecretario, el Secretario General Técnico, el - Director General de Prensa, Cultura Popular y Espectáculos intervienen también en cuanto miembros del Consejo Rector de RTVE.

La aparición de la Orden de 8 de Marzo de 1974 regulando nuevamente la composición y funciones de la Junta de Televisión Española, - hace aparecer de nuevo esta dualidad de regulaciones contradictorias - pese a que se limiten las funciones de la Junta a lo puramente publicitario. Las potestades del Director General sufren una grave merma y - le sitúan frente a unos Organos que limitan sus competencias. No podemos saber como evolucionará esa tensión de competencias pero lo que sí merece subrayarse es que cualquiera que sea el reparto, las relaciones entre el Director General y RTVE serán siempre imprecisas, contradictorias, confusas, etc. por las razones más arriba apuntadas, hasta el punto que, más bien podría llegarse en el futuro a una situación en que el Director General de Radiodifusión y Televisión desapareciera como - tal, para transformarse en Director General de la RTVE, servicio público centralizado integrado en la Subsecretaría, cargo ejecutor de las - decisiones del Consejo Rector.

IV. Hecha la descripción de la estructura actual de la RTVE debe examinarse ahora si esta Organización se ajusta a la prevista en la Ley de 26-6-1934. Ciertamente esta Ley no desarrolla apenas la cuestión organizativa, aunque de alguna forma, sienta los principios fundamentales de la misma. Así el Servicio de Radiodifusión nacional sería explotado técnica y administrativamente por la Dirección General de Telecomunicaciones; los programas podrían, en cualquier caso, realizarse por Empresas nacionales.

Lo que marca sin embargo la pauta del espíritu de la Ley es la constitución de unas Juntas Nacionales y Regionales cuya misión sería la de orientar la concepción de programas y que habían de estar compuestas por personas representativas de los Organismos y Corporaciones con fines artísticos, literarios o científicos. Este precepto no ha sido derogado por ninguna Ley posterior ni es contrario a ninguna norma básica del nuevo Estado, de ahí que deba reputarse vigente aunque incumplido. El Reglamento de 22-Diciembre-1935 por su parte reguló en concreto la forma de realizar esa participación en las Juntas de tales entidades, señalando cuáles eran éstas, precepto tampoco derogado y que por tanto sigue vigente aunque hayan desaparecido o cambiado de denominación algunos de los entes llamados a ocupar un puesto en dichas Juntas.

Merece destacarse la composición de la misma recogida en el artículo 60 del Reglamento de la Ley de 26-6-34 por la presencia en la misma de importantes Corporaciones de la vida nacional, representantes de:

El Ayuntamiento de Madrid.

La Diputación Provincial.

Asociación de la Prensa.

Sociedad de Autores.

Academia de Bellas Artes.

Conservatorio de Música y Declamación.

Academia Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.

Universidad Central.

Cámara de Comercio.

Asociaciones de Radiooyentes.

Desde luego tiene una orientación centralista pero no cabe duda de la importancia que en su día podía tener un Órgano de esta clase "para dar consejo y señalar la orientación general que habrá de seguirse en la confección de programas" (artículo 59).

Hoy esa organización sería insuficiente, aunque también mejor que la actual, por la falta de poder de ese órgano que carece de elementos coercitivos para imponer sus directrices, debiendo limitarse a aconsejar o hacer observaciones; con todo como decimos, y aunque solo fuese como órganos de crítica internos, mejoraría mucho la organización especialmente si sus componentes fuesen representativos sin depender en su nombramiento de la voluntad de los sectores del propio servicio público.

En este momento lo cierto es que las Juntas, en la forma prevista en la Ley de 26-6-1934, no tienen existencia; ello significa un incumplimiento de la misma pero que cabría preguntarse si existe un derecho a la organización que legitime a alguien para intentar incluso jurisdiccionalmente una reestructuración del Servicio en la forma prevista en la Ley (154).

(154) Las llamadas Asesorías Nacionales de la O.M. de 3-Febrero-1960 o Comisiones Asesoras no tienen ninguna relación con estas Juntas por la falta de independencia de sus componentes. Vid. J.A. González Casanova. El Régimen Político de la Televisión, pág. 204 y 205.

Nuestra Jurisprudencia parece pronunciarse por la inexistencia de un ~~deprecho~~ derecho a la Organización ⁽⁵⁵⁾ que queda así entre las facultades discrecionales de la Administración, más adelante examinaremos este tema de la discrecionalidad a la luz de los principios generales del Derecho, ahora queremos solo señalar que en el caso de las Juntas de Televisión la situación teóricamente es distinta porque no sólo la Ley prevé en abstracto la participación en las Juntas de Entidades representativas sino que el propio reglamento señala en concreto cuales son éstas; de ahí que deba considerarse que cualquiera de las Organizaciones previstas para formar parte de las Juntas están legitimadas para exigir su cumplimiento.

V. Perspectiva dinámica del estudio de la Organización.

El examen orgánico que se ha hecho hasta aquí quedaría incompleto si no se analizase desde una perspectiva funcional; el análisis de la estructura organizativa no significa nada en sí mismo y solo es un primer paso en la búsqueda de su pleno sentido.

A la estática de la organización hay que suponer su dinámica que no es otra cosa que la confrontación de cada órgano con su función específica dentro del fin del servicio. De aquí que el enjuiciamiento de TVE no pueda hacerse desde una perspectiva mecanicista pensando solo en rendimientos, estructuras óptimas, como por otra parte ocurre con cualquier otro órgano de la Administración Pública o de la Empresa privada ⁽⁵⁶⁾. Lo primero que debe hacerse es observar si la misión conferida a la TVE constituye por su identificación con los fines ideales de tal medio de comunicación un elemento vivificador de la organi-

⁽⁵⁵⁾ La Doctrina tampoco parece admitirse tal posibilidad. Así G. Oviedo-Martínez Useros - Derecho Administrativo, pág. 269. El profesor G^a Trevijano en su Tratado Tomo II, pág. 129 mantiene igual postura aunque la matiza al reconocer que puede actuarse con desviación de poder a través de reorganizaciones.

⁽⁵⁶⁾ Véase G^a de Entenrria. "La Org^a y sus agentes: revisión de estructuras", y las observaciones que allí se hacen sobre el papel que en la revisión de estructuras deban jugar las técnicas formales de productividad.

zación de forma que transforme la máquina orgánica en auténtica institución y cuerpo social "receptáculo del idealismo del grupo" (57). Un análisis de lo orgánico desde esta perspectiva, que, a nuestro juicio, es la única válida, nos obliga a recordar siquiera sumariamente los fines esenciales de la TV. Se podría objetar que ello sale fuera de los límites del Derecho positivo y que por tanto ningún interés jurídico tiene, sin embargo el mismo Derecho positivo necesita apoyarse en principios de Derecho que lo unifique y recreen a través de la interpretación y para encontrar los principios aplicables a cualquier organización lo primero es preguntarse por su fin. La TV es un medio de comunicación social; el concepto de medio o instrumento nos indica ya la importancia subordinada que la TV tiene en relación a su fin que es la comunicación social. La expresión comunicación no tiene el carácter estricto con que el término se usa hoy en día por lingüistas, sociólogos o psicólogos (58) diferenciándolo por ejemplo de la simple información impersonal; aquí se toma en un sentido amplio, aun cuando incluso la más aséptica e impersonal información televisiva puede comunicarnos algo del sujeto transmisor: su deseo de imparcialidad o por el contrario su partidismo desenfrenado. En definitiva, la comunicación humana no es sino la puesta en contacto con los demás hombres por cualquier medio para captar lo que individual o colectivamente son o han sido, hacen o han hecho y quiere o han querido, ayudándoles así a realizarse como seres políticos en el sentido aristotélico del término. El carácter social de la comunicación en este caso se toma en el sentido de la generalidad o extensión de la comunicación a un gran número de personas. Lo que hasta aquí hemos expuesto nos indica ya la gran tensión en que está este medio entre la Sociedad por una parte, como sujeto de la recepción y a la vez objeto de -

(57) Vid. García de Enterría, "La Administración española" pag 126. Ed. Alian

(58) Vid. Castillo del Pino. La Insuficiencia funcional del lenguaje. Sistema 2. Revista de Ciencias Sociales.

mensaje y los individuos que lo detentan, a veces, con exclusividad. La entrega del medio a la libre iniciativa social, comporta todos los peligros de la libertad; la asunción por el Estado tiene también los suyos. Más arriba nos hemos pronunciado por un sistema de contrapesos que compagine ambas formas. Se trata ahora de ver si el sistema organizativo español de la Televisión cumple los fines ideales del servicio y los más concretos que inspiran nuestro ordenamiento; porque debe recordarse que la libertad de expresión de las ideas, la libertad religiosa y la libertad empresarial son ideas consagradas en nuestras normas fundamentales y, si en este campo concreto de la Televisión, esas libertades están mediatizadas, con el peligro de su desaparición que ello inevitablemente comporta, sólo puede deberse a que esa organización, monopolista y centralizada, garantiza o pretende garantizar, esas libertades mejor que -- ninguna otra ó, a que por razones coyunturales de orden público han sido suprimidas tales libertades; descontada esta última hipótesis debe advertirse que la organización fuertemente centralizada, concentrada y monopolista de la Televisión en España únicamente puede justificarse en el hecho de que los Poderes Públicos piensen que es la mejor forma de garantizar los principios y libertades enunciados. Así pues tales principios de libertad van a servirnos para interpretar e informarnos de la validez organizativa de TVE.

Debe recordarse aquí el esquema orgánico que en la parte de Derecho Comparado se hizo sobre los distintos sistemas de Organización del Servicio.

La cuestión es: Una organización de la Televisión -- como servicio público centralizado, inserto en la propia Jerarquía de la Administración Central, sin existencia de control externo ninguno parlamentario o judicial, con concurrencia de competencia de órganos a distinto nivel Jerárquico, -

sin que existan Asociaciones o Partidos políticos, sin que tampoco existan siquiera órganos integrados por personas - independientes por su forma de elección que de alguna manera intervengan en el contenido de los programas, sin un estatuto del Periodista que les libere de su condición de asalariados y por tanto de una salvaje dependencia de sus superiores, ¿está en las mejores condiciones para que la TV - cumpla su papel de medio de comunicación social, justificando así la mediatización de las libertades proclamadas en -- los principios generales del Movimiento?. Evidentemente no. Por el contrario las condiciones objetivas llevan a pensar que en cuanto tal organización, independientemente de las - personas que en ella se insertan, las condiciones no pueden ser peores; y poco cabe esperar, desde luego, en tal situación estructural, de las personas que regentan la organización por magníficas cualidades que tengan.

Por otra parte, es importante el entorno social y político en que se inserta la TV porque, sin duda, muchos dirán que el grado de representación e independencia de la TV lo tiene el Gobierno en el poder, con lo cual de inmediato revelan la profundidad y el carácter político del problema al preguntarnos por cual sea la representatividad que el sistema da a cada gobierno. Y la mejor de las respuestas sobre esta cuestión tampoco nos dejaría satisfechos, pues la crítica al poder actuante puede y debe ser uno de los temas de la comunicación televisiva por representativo que sea un gobierno, de la misma forma que la representatividad del Poder no acaba con la libertad de expresión del pensamiento ni con la libertad de acceder a cargos públicos; incluso más, se - apoya en ellas, de tal forma que si éstas no existen, aquella desaparece.

Pero no sólo quedan viciados los aspectos políticos de la comunicación televisiva, sino todos los demás, como - los religiosos y los culturales. En efecto, el carácter social

de la comunicación, para que sea tal, por fuerza ha de ser pluralista como lo son nuestras sociedades de hoy día; de alguna forma debe conseguirse que la televisión refleje el pluralismo social o al menos que quede abierta al mismo. - De ahí, aparte de otras razones, la existencia de Consejos u Organos pluralistas de distintas procedencias sociales - existentes, con mayor o menor éxito, en otros modelos del derecho comparado. Sin que la Junta de Televisión Española, pese a su carácter plural pueda sustituir la función de estos órganos colegiados por su interna composición Jerárquica.

Nuestra Televisión adolece en definitiva el gravísimo defecto con que se caracterizó la Radiodifusión dentro del Nuevo Estado surgido el 18 de Julio: su carácter propagandista, presente hoy todavía con toda claridad en la exclusiva en favor del Estado de la información nacional e -- internacional; tal exclusiva, de innecesaria proclamación - en lo que a la Televisión se refiere por la exclusiva del - medio, cobra sin embargo su pleno significado en la Radiodifusión en la que, aún existiendo concesiones privadas, en - materia de información están obligados a conectar con Radio-Nacional; y pudiera tener su importancia en el campo televisivo en el hipotético supuesto de que en un futuro se admitiese la concurrencia de emisoras privadas o se admitiere la presencia de representaciones de distintos sectores sociales; pues, en tal supuesto, la información seguiría siendo - exclusiva del Estado. No analizamos ahora la licitud y validez de esta exclusiva que se verá más adelante, pero sí queremos señalar el tono propagandístico que tiene la Televisión en nuestro país. Por otra parte, la realidad misma confirma cuanto decimos; nadie habrá visto nunca criticada o simplemente puesta en tela de juicio ninguna actividad gubernamental; muy al contrario, el tono apologético del lenguaje empleado está en la mente de todos.

La TV se encuentra así por razones orgánicas y estructurales, gravemente obstaculizada de raíz para cumplir su misión.

Si una de las misiones fundamentales de la Televisión es información nacional e internacional, y de hecho, las mayores audiencias las registran los espacios informativos (1) el doble monopolio que sobre ella ejerce el Estado (de la información propiamente dicha y del medio) solo puede ser perjudicial. La información pura, la opinión y el comentario son ya de por sí algo tan subjetivo que difícilmente pueden aspirar a la infalibilidad; lo más que puede pedirse es subjetividad honesta en el informe, opina y comenta, pero aunque esta honestidad se dé, el mensaje transmitido distará siempre mucho de ser objetivo e imparcial; a la objetividad sólo se puede una acercar mediante el pluralismo de fuentes y opiniones.

Un instrumento de comunicación controlado jerárquicamente por el ejecutivo, con, a su vez, distintas instancias - internas de control que trate de servir objetiva e imparcialmente a la opinión pública es la forma más imperfecta de prestar un servicio público de esta naturaleza.

La Ley de 1.934 preveía la creación de unas Juntas Nacionales y Regionales encargadas de aconsejar y orientar la programación. Estas Juntas, inexistentes hoy en día, serán también insuficientes: primero por la distinta representatividad de sus miembros y segundo y sobre todo por la falta de poderes eficaces frente a una línea jerárquica y de mando.

A nuestro juicio, como más arriba se expuso, solo un sistema que permita la concurrencia con la cadena del Estado de otras emisoras privadas o la concurrencia de otras entidades en la programación puede garantizar auténticamente la --

libertad e independencia del servicio; si en los servicios públicos tradicionales se consideraba necesaria la presencia de un contratista interpuesto, en lo que se refiere a Televisión tal necesidad se transforma de alguna manera en exigencia ineludible de un cierto pluralismo.

La conciencia de esta situación es lo que ha hecho entrar en crisis, teóricamente al menos, el axioma del monopolio en esta materia en numerosos países como en Francia, Italia, Alemania e incluso la propia Inglaterra; de ello ya hablamos en la primera parte de este trabajo. Lógicamente - si el propio monopolio ha sido puesto en tela de juicio, mucho más la organización misma del monopolio. Naturalmente - que el problema será muy distinto según el contexto político en el que el monopolio se inserta, pero sería un grave error considerar que la democracia y el Estado de Derecho - en su confección Occidental legitiman automáticamente el monopolio. La existencia de parlamentos representativos en -- Francia, Italia, Alemania e Inglaterra, no garantiza la independencia y pluralismo de los medios informativos como la Televisión, aunque comparativamente pueda suponer mejoras. - La dependencia de la Televisión del partido en el poder ha - sido denunciada en todos estos países en que existe un monopolio (Francia, e Italia) o cuasi monopolio (Inglaterra y Alemania). Es inútil que se creen comisiones parlamentarias que vigilen y controlen la televisión.

Tales comisiones son un fiel reflejo de las fuerzas políticas en juego y no solucionan el problema de la independencia del medio. Quiere señalarse con ello como la democratización de las instituciones políticas y representativas, aunque influye poderosamente en el status del servicio de TV -- frente al poder/político, no supone en ningún caso la solución de los problemas y buena prueba de ello lo constituye el caso de la ORTF en Francia, cuya última reforma en el verano de --

1.972 se anunciaba como la última solución para mantener el monopolio; apenas transcurrido un año desde la misma, ha ocurrido ya la primera "crisis política" de la nueva ORTF que a través de una descentralización no se sabe todavía si ha entrado en fase de liquidación, como afirman los Sindicatos de los Trabajadores, para dar paso a la iniciativa privada o, si constituye el postrero y desesperado intento de salvar el monopolio flexibilizándolo y repartiendo las responsabilidades.

Por otra parte, tampoco puede caerse en la ilusión de creer que la iniciativa privada fuese a resolver todos los problemas; por esa razón, pensamos en la necesidad de una concurrencia de un servicio público y de una iniciativa privada. Tal concurrencia puede parecer utópica por los elevados costes de inversión que exige la creación de emisoras de TV y, sin embargo, debe señalarse que la concurrencia puede crearse a nivel de producción de programas, como sucede dentro de la I.T.A., en Inglaterra, o bien aprovechando las posibilidades que la utilización del cable supone para la TV, mediante la creación de pequeñas emisoras locales.

La utilización del cable ha florecido en Italia como las setas, cubriéndose todo el país de emisoras locales y privadas que concurrían con la televisión tradicional. Sin embargo se ha cortado de raíz la aparición de tales estaciones y aún se han hecho desaparecer las existentes, extendiéndose el alcance de monopolio definido en el Código Postal Italiano. Demuestra todo ello como la estructura democrática no lo es todo para el desarrollo de este servicio.

Pero lo que aquí se quiere hacer no es una especulación teórica sobre la mejor de las formas posibles de estructurar el servicio, al margen de los datos de nuestro Derecho Positivo, aunque ya se ha señalado en otro lugar la falta de fundamento jurídico válido y suficiente del monopolio, sino estudiar su mejor organización partiendo de la realidad fáctica del monopolio. En este sentido hemos visto la exigencias de la ley de 1.934 en orden a la participación de una serie de entidades representativas en el asesoramiento de la Televisión; el problema es, por otra parte, que ni La Ley ni el Reglamento contempla un modelo determinado de organización del Servicio, pues, a parte de referirse a la posibilidad de arrendar sus programas a los particulares en el caso de que fuese la propia Administración quien lo prestase, no especifica sus características organizativas.

Ahora bien, no habiendo norma legal alguna que establezca unas bases generales de organización, ¿es ésta algo totalmente discrecional o, por el contrario, existen algunos límites a la potestad organizatoria y algunos principios -- que deben cumplirse?. Desde luego, nuestra jurisprudencia -- ha concedido la potestad organizatoria como algo totalmente discrecional. Esto tiene una doble vertiente: de una parte, se considera que la administración puede organizar y establecer un determinado servicio o puede no hacerlo; de otra que la administración, al organizar, puede hacerlo de una manera o de otra. El particular no tiene ningún derecho subjetivo a que el servicio se organice y establezca; sin embargo establecido un servicio, sus normas de organización pueden ser contrarias a principios generales de ordenamiento en cuyo caso podrían entenderse que el que ejerce la potestad organizatoria tiene una serie de límites en los principios generales de Derecho.

Pues bien, más arriba se ha señalado como el monopolio de esta materia implica una limitación de derechos fundamentales como el de libre expresión de las ideas o el de la libertad de empresa; si tales derechos se limitan, es para garantizar más efectivamente el ejercicio de tales derechos, evitando el abuso de los más poderosos económicamente, pero si el servicio se organiza en forma tal que es un mero apéndice de la administración, sin posibilidad de una real independencia y buscando servir a la Administración, entonces tal organización contraría la esencia misma del servicio, su razón de ser y su finalidad. Naturalmente este argumento no puede tener un valor absoluto, pues está hecho desde una determinada perspectiva extrajurídica que se puede no compartir.

Nuestro análisis jurídico nos parece correcto, pero desde una determinada perspectiva democrática y humanística, lo que se hace constar aquí, no con ánimo de mostrar una limitación de la interpretación jurídica, sino justamente para subrayar su grandeza de ser una técnica que no se acaba en sí misma, inhumanamente cerrada a un mundo de valores, sino abierta a los principios fundamentales ordenadores de toda sociedad.

Conclusiones

La organización como objeto de reflexión jurídica interesa al jurista en la medida que afecta o puede afectar a los derechos y libertades de las personas. Nuestro análisis ha partido de los textos positivos que han regulado la organización del servicio de TV. en nuestro país, pero nuestro afán no ha sido quedarnos en unos textos que han cambiado y sin duda cambiarán; sino captar lo que de permanente pueda haber en lo organizativo, que es justamente la tensión entre el órgano y la función, entre la forma y el fondo.

De ahí ^{que} las conclusiones que resumen este capítulo estén precisamente dominadas por esa perspectiva de estudio. A nuestro juicio el examen de la Organización puede resumirse en lo siguiente:

- 1) Con carácter general, puede afirmarse que la administración del Estado no estará en las mejores condiciones para prestar un servicio que debe caracterizarse por su independencia en todos los órdenes a la hora de seguir una determinada política cultural, informativa, educativa, etc.

El que el Servicio se preste por un ente descentralizado o con propia personalidad jurídica, es un puro problema formal, desde el momento que la autonomía y la personalidad son puras técnicas que en muchos casos sólo tienen consecuencias formales sin ninguna transcendencia real.

- 2) Es necesario garantizar un pluralismo en las emisiones, bien autorizando a los particulares a emitir sus propios programas a través de emisoras del Estado, (caso I.B.A.), bien autorizándoles a montar pequeñas emisoras de carácter local o emisoras de distribución por cable.

- 3) De lege data la organización española del servicio, por estar plenamente integrada en la Administración y carecer de controles parlamentarios, carece de total independencia; tratándose de un servicio tan peculiar, tal independencia constituye un postulado básico. (159)
- 4) El servicio de Televisión muestra el grado de centralización y concentración del mismo con una serie de controles orgánicos sobre el Director General de Radiodifusión y Televisión, que puede ser origen de tensiones en su funcionamiento y que, en todo caso, demuestran el grado de control político a que está sometida la Televisión.
- 5) Las llamadas Asesorías Nacionales, ni por sus funciones, ni por la forma de designación de sus miembros, pueden suponer un contrapeso a la dependencia administrativa del medio.
- 6) Aún dentro del propio esquema del monopolio, sería siempre mejor, con las reservas apuntadas, la constitución de un organismo autónomo con un presidente nombrado por un período de tiempo fijo y con un Consejo con facultades resolutorias sobre la política de programas, culturas, etc. El Presidente podrá ser nombrado por la Administración, pero, para cesarlo, dentro del tiempo de un mandato, debería contarse de forma mayoritaria con el Consejo para evitar una total dependencia de la Administración.

(159) Sobre las críticas al monopolio puede verse el artículo de Henri Mercillar: "Quelques reflexiones sur le monopole de l'ORTF". Droit Social. Decembre 1.970; les articles de Jacques Chevallier. Droit Social nº 8 y 9 - 1.972 y P. Wiles "Pilkington and the Theory of value". Economic Journal. June 1.963; también el "Rapport de la Commission de l'etude du statut de l'ORTF" (Rapport Paye).

Por su parte, el Consejo debería tener representación directa y democrática de diversos estamentos profesionales relacionados con la información.

En realidad, cualquier organización del servicio del monopolio estatal será a nuestro juicio siempre imperfecta, salvo en el caso de que se trate del monopolio de estaciones emisoras, pero no de emisiones. El Estado siempre tratará de dominar su medio como sea (160)

(160) Sobre las posibilidades de Control por las Cortes en régimen jurídico vigente puede ver: "Desarrollo político y Constitución Española". Jorge Esteban y otros, pág. 163. Naturalmente que en el Texto se está pensando en un control por un legislativo dotado de plena representatividad.

- C A P I T U L O V -

- Medios Economicos -

I. Introducción.

Hasta ahora, en el estudio de nuestra Televisión, hemos involucrado tanto la propia TVE como empresa, como los/Organos políticos y administrativos que en definitiva dirigen, organizan, estructuran, cuidan, etc., de su actividad/ y desarrollo: pero al llegar a este tema de los recursos se hace preciso señalar que lo que se estudia son solo los recursos propios de TVE, no los de la Dirección General de -- Radiodifusión y TV en que aquella se incardina y que aparecen en los correspondientes presupuestos generales del Estado. Sin embargo en estos no se menciona específicamente TVE. ¿Significa ello que los recursos de esta quedan englobados/ dentro del conjunto de los de la Dirección General de Radio difusión y TV?.

Eso es lo que vamos a ver a lo largo de este capítulo; pero de antemano debe ya señalarse esta primera distinción/ entre la Dirección General de Radiodifusión y Televisión Española en cuanto empresa aunque por razones presupuestarias aparezcan mezcladas.

A esta primera acotación del objeto de nuestro estudio hay que superponer una segunda consistente en adelantar que los medios materiales a que nos referimos van a ser sólo los medios financieros, es decir, que no vamos a entrar/ a considerar las existencias mobiliarias, utillaje, cámaras, repetidores, etc. La razón de ello es que lo relevante es el estudio de las fuentes originarias de lo que podríamos llamar el poder adquisitivo de Televisión Española.

El estudio de las fuentes o recursos financieros está muy ligado a los grandes temas básicos en esta materia: la libertad y la independencia del Servicio. Cuando estudiamos el Derecho Comparado pudo verse como el aparente liberalismo de los EE.UU. resultaba mediatizado por la existencia de cadenas que suministraban publicidad y programas a las emisoras amenazando con crear auténticos monopolios. Ello es una muestra de cómo las necesidades económicas pueden alterar la independencia y no solo esta sino que la misma calidad de los programas puede resultar alterada por los problemas financieros.

Precisamente uno de los argumentos de la Televisión de Estado es el de que las emisoras privadas necesitan de la publicidad para subsistir y como los anunciantes lo que/

pretenden es que sus anuncios los vea el mayor numero de -- gente posible, la Televisión se ve forzada a bajar la calidad de los programas para mantener audiencias mas numerosas cada vez; queremos señalar con esto que el tema de los recursos financieros es uno de esos temas básicos del Servicio, aunque desde luego las cosas no ocurran tan sencillamente como se ha expuesto y haya ocurrido en muchas Televisiones estatales que los programas sean igualmente malos y/ que se haya admitido la publicidad.

Hechas estas precisiones sobre el objeto de nuestro estudio examinaremos los recursos financieros de la Televisión Española: los presupuestos del Estado y la publicidad. Además de estas dos partidas existe también el producto de las ventas de sus programas y la revista de Televisión (Tele Radio). Estos dos últimos ingresos son relativamente poco importantes con relación a los primeramente enunciados que constituyen el soporte real de la actividad.

II. Las dotaciones presupuestarias.

El presupuesto representa los créditos que pueden -- gastarse durante su vigencia por cada uno de los Servicios

de la Administración; y es "la expresión cifrada de las -- obligaciones que la Hacienda deba satisfacer, como máximo, en un año, en relación con los servicios que hayan de mantenerse en el mismo". La aprobación del presupuesto representa la autorización de gastos a realizar en el ejercicio (161). El legislativo a través de esa autorización puede controlar la disposición de los recursos de la Nación por parte del ejecutivo; Sin embargo de hecho el ahuecamiento material que ha sufrido la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública deja en entredicho tal definición (162); las propias leyes de Presupuestos en su articulado, facultan al ejecutivo para manejar con bastante libertad las cantidades asignadas a cada partida presupuestaria pudiendo cambiarlas de destino.

Pues bien, la Televisión, en cuanto empresa propia -- integrada en la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, tiene sus dotaciones presupuestarias incluidas en las de la Dirección General citada, si bien en forma un -- tanto complicada.

(161) Alvaro Rodríguez Bereijo. El presupuesto del Estado. -- pág. 22.

(162) J.L. Villar Palasi. El Principio de Legalidad Presupuestaria, pág. 11. Rev. Admo. Pub. nº 49.

Antes de estudiar la forma en que aparecen recogidas estas dotaciones presupuestarias debe adelantarse cómo la distinción entre recursos presupuestarios y recursos publicitarios ha perdido hoy día gran parte de su sentido.

En efecto, antes, los ingresos de Televisión estaban constituidos por su dotación presupuestaria fundamentalmente, pero además existían los recursos obtenidos de la publicidad que por el sistema de minoración de gastos, previsto en el Decreto de 27 de Julio de 1.959 (art. 6), hacían inagotable la consignación presupuestaria inicial.⁽¹⁶³⁾ El sistema, en definitiva, consiste en que si la dotación del presupuesto es 100, esa cantidad se saca para atender los gastos del servicio, pero inmediatamente se repone con una cantidad igual procedente de los recursos de publicidad -- que se reintegran; de esta forma todos los recursos pasan por el tesoro pero se rompe el principio de Unidad de Caja. En definitiva, el sistema de minoración de gastos supone una forma de burlar los principios de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública; claro que, naturalmente, siempre podía considerarse al amparo del párrafo segundo del art. 4º de la referida Ley que si los fon--

(163) Vid. Jose Maria Guitian de Lucas. Procedimientos Presupuestarios. Vol I, pág. 166 y 55.

dos estan debidamente intervenidos no existe Caja especial que rompa teorica o formalmente el principio de unidad, -- aunque materialmente si suponga una infracción de tal principio, pues juridicamente estaria cubierta por el referido precepto de la Ley.

Naturalmente con esta técnica la publicidad no encuentra acogida en el presupuesto; se trata de un recurso/ extrapresupuestario con influencia sin embargo en la función del presupuesto. Cuando examinemos los recursos procedentes de la publicidad se analizará con mayor detenimiento este problema; lo que se ha querido señalar es que, como en la actualidad, desde el presupuesto del bienio 66-67, existe en el articulado de todas las leyes de presupuestos un artículo que preve la ampliación de determinados capítulos de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión/ según los productos que se obtengan de la publicidad, resulta que ésta es ya un ingreso presupuestario más, y buena prueba de ello lo constituye el hecho de que en efecto/ desde el presupuesto del 66-67 aparece un concepto en el presupuesto de ingresos dentro del capítulo 3º (Tasas por/ servicios prestados y otros ingresos) que se denomina "Tasa y Producto de publicidad Televisada y Radiada"; este --

concepto no sustituye, sino que complementa el tradicional de "Publicidad de Radiodifusión" que desde el año 1.953 se recogía dentro del capítulo segundo "Impuestos Indirectos" y que con anterioridad estableció la O.M. de 25-III-1.935 si bien dentro del capítulo relativo a Monopolios y Servicios Explotados por la Administración, en donde estuvo -- hasta 1.953.

El que los productos de la publicidad constituyan un recurso presupuestario más supone que ya no puede acudirse a la técnica de la minoración de gastos puesto que/ ya se toma en cuenta, al menos en parte, para determinar/ el total previsto de ingresos públicos.

Esta última circunstancia determina que también a -- partir de la Ley de 21-XII-1.965, que aprobaba los presupuestos para el bienio 66-67, se establezca en su artículo 48, así como el articulado de las sucesivas leyes de -- presupuestos, un artículo que autoriza la ampliación de de terminados capítulos en función de lo que se obtenga por/ publicidad.

Podemos decir por tanto que la distinción entre ingresos presupuestarios e ingresos publicitarios ha perdido hoy día gran parte de su sentido desde el momento en --

que los ingresos por publicidad se recogen en el presupuesto de ingresos y se regulan en el articulado de la Ley de presupuestos. Sin embargo, pese a ello mantenemos la distinción porque puede ser útil a efectos de exposición desde el momento que los ingresos por publicidad, que se recogen en el Capítulo 3º del Presupuesto de Ingresos no representan la totalidad de lo que realmente se obtiene de la publicidad, pues sobre su importe se practican una serie de deducciones que más adelante se examinarán; y por otra parte en los presupuestos existen dotaciones no provenientes de la publicidad; dejamos así constancia de que la diferenciación de ambos ingresos se hace a los puros efectos de una mejor exposición de los problemas financieros de la televisión; se trata en definitiva de examinar un problema desde distintos ángulos.

A).- La ampliación de créditos presupuestarios. (164)

La Ley de presupuestos de 22-XII-1.972 que aprobaba los correspondientes a 1.973 establecía en su artículo 3º la ampliación de los créditos por publicidad en la forma --

(164) Vid. Jose María Guitián de Lucas. ob. cit. pág. 197.

siguiente:

"Art. 3º: Por el Ministerio de Información y Turismo se remitirá al de Hacienda una previsión, con arreglo a la estructura determinada por la Orden Ministerial de 1 de -- Abril de 1.967 para el ejercicio de 1.973, respecto al rendimiento de la "tasa y productos de la publicidad radiada/ y televisada", y a la aplicación del mismo, que será aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda. El rendimiento de la "tasa y productos de la publicidad radiada y televisada" se aplicará al correspondiente -- concepto del presupuesto de ingresos del Estado.

Se faculta al Ministro de Hacienda para ampliar los/ créditos de los conceptos de los capítulos 2º y 6º asignados en este presupuesto a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, con el importe de los ingresos que se realicen en el tesoro con dichas finalidades, sin que puedan rebasarse las cifras que figuren en la previsión aprobada/ por el Gobierno, a que se hace referencia en el párrafo anterior.

Al objeto de que el Ministerio de Información y Turismo pueda llevar a cabo las obras, adquisiciones e instalaciones, podrá el de Hacienda autorizar la contratación -- de las mismas, aún antes de producirse los ingresos, siem-

pre y cuando no rebasen el 75% de las previsiones aprobadas y se demuestre fundadamente que en el transcurso del año habrán de producirse ingresos suficientes para satisfacer las obligaciones así contraídas."

Un artículo muy semejante a este con pequeñas diferencias, relativas a la cantidad de que se puede disponer/ antes de recaudarla, aparece en todas las leyes de presupuestos desde la ley de 21-XII-1.965 (art. 48); así art. 4 Ley 5-Abril-1.968 (bienio 68-69); art. 3º Ley 30-XII-69/ (bienio 70-71); art. 3º Ley de 26-Febrero-1.972.

Por último la Ley de 19 de Diciembre de 1.973 y Ley/ de 22-XII-1.972-(1.973). La Ley de 19-XII-1.973 que aprobó los presupuestos para 1.974 ha previsto además la ampliación de los créditos del capítulo cuarto "Transferencias corrientes"; sin duda se debe ello a la configuración de Televisión Española como servicio público centralizado, comprendido dentro del art. 3º de Ley de Entidades Estatales Autónomas.

Así pues en la actualidad se sigue la técnica de los créditos ampliables en lo que se refiere a los ingresos procedentes de la publicidad que se destinaban hasta 1.974 a/ los capítulos 2º y 6º de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión. Sin embargo no deja de ser sorprendente

que la dotación de personal de la Dirección General de Radio y Televisión (Capítulo 1º) apenas supera a 35 millones de pe setas que solo sirve para cubrir gastos de personal funciona rio y contratado ^{/de/} la propia Dirección General pero no el de la Televisión no siendo además apliables de acuerdo con los/ preceptos antes citados.

Así pues, los créditos cuya ampliación estaba autoriza da son los correspondientes a los capitulos segundo y sexto. De conformidad con la estructura presupuestaria aprobada por Orden de 1 de Abril de 1.967 y el Código contenido en la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Presupuesto de 27 de Enero de 1.968, los gastos de personal se incluyen en/ el capítulo primero; el capítulo segundo comprende los créditos destinados a la compra de bienes corrientes y el sexto a inversiones. Podría parecer por tanto que los gastos de personal de TVE no estan comprendidos en los presupuestos generales del Estado; en realidad de acuerdo con la Resolución de 27 de Enero de 1.968 no pueden estarlo en ninguno de los/ capitulos ampliables (segundo y sexto), sin embargo con anterioridad a la nueva estructura presupuestaria en los presupuestos del bienio 66-67 los gastos de personal aparecian incluidos dentro de los gastos de programación en el epígrafe/ 475.354. En la actualidad los gastos de personal de Televi--

sión Española, al menos hasta el presupuesto de 1.973 inclusive, aparecen dentro del capítulo segundo de los créditos asignados a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión.

Así en el presupuesto de 1.973 en la Sección 24 (Ministerio de Información y Turismo) número 04 (Dirección General de Radiodifusión y Televisión) aparece el epígrafe - 252/715 (Capítulo 2, artículo 5; concepto 2) con el siguiente contenido:

"Programación.- Para gastos de todo orden que origine la programación de la Radiodifusión y Televisión Nacionales, retribuciones del personal técnico-administrativo y de programas de Radio y Televisión; de este personal por seguros sociales, Mutualismo Laboral y Accidentes de Trabajo, dietas y gastos de locomoción de dicho personal, derechos de autor y atenciones a personalidades".

El contenido del epígrafe transcrito puede parecer sorprendente habida cuenta que existe un capítulo que parece el apropiado para incluir los gastos de personal como es el capítulo primero. Por otra parte la resolución de la Dirección General del Tesoro y Presupuestos de 27 de Enero de 1.968 dictada en cumplimiento de las disposiciones finales 1ª y 2ª de la Orden de 1 de Abril de 1.967, que esta--

blece una nueva estructura presupuestaria, publicaba el Có
digo que definía las rúbricas de esa estructura y conforme
a la misma "en ningún caso podrán imputarse a los créditos
de este capítulo (el segundo) retribuciones de personal"./
Como es evidente la Orden Ministerial y la resolución cita
das han resultado incumplidas. Claro que, naturalmente, nin
gún vicio acarrea esto dado el rango de Ley formal de la L
de Presupuestos que convalida cualquier defecto que puedan
tener los presupuestos presentados por el Gobierno.

En los vigentes presupuestos, aprobados por Ley de -
20 de Diciembre de 1.973 se toma en cuenta ya, al menos --
parcialmente, el carácter de servicio público centralizado
de Televisión Española y su artículo 3º autoriza igualmen-
te la ampliación de determinados créditos de la Dirección/
General de Radiodifusión y Televisión; la novedad la cons-
tituye el hecho de que se autoriza a ampliar también los -
créditos del capítulo cuarto, y en efecto puede comprobar-
se la aparición en el capítulo 4 de un nuevo concepto: el/
421 equivocamente incluido dentro del artículo 42 (a Orga-
nismos Autonomos); equívoco es puesto que RTVE en su nueva
estructura de Octubre no es un organismo autonomo, sino ser
vicio público centralizado; pero dejando al margen esto lo
importante es la aparición en los vigentes presupuestos de

un concepto específico para Televisión Española al cual debían de ir la totalidad de los créditos a la misma. Sin embargo en la práctica ese concepto no ha sido utilizado pues carece de consignación presupuestaria, ha sido puesto, mas/que nada, para indicar el lugar que en el futuro deben tener las consignaciones de RTVE. Naturalmente que al ser ampliable el capítulo 4º pueden incluirse en el 421 practicamente la totalidad de los ingresos por Televisión; ello indica la imprecisión con que en este punto se han construido los vigentes presupuestos o tal vez dicha construcción sea/intencionada como luego se verá. En efecto, en el capítulo/2º (compra de bienes corrientes y servicios) sigue apareciendo el concepto 252/715 igual al descrito mas arriba -- correspondiente a los presupuestos de 1.973; así mismo continúa el concepto 252/715 ("Explotación. Para atender a los gastos derivados de la explotación de las emisoras de Radio Nacional de España y Televisión)". Nos encontramos así con/que los gastos de Televisión pueden ser satisfechos con cargo a mas de una partida presupuestaria; así si se trata de/gastos de personal estos se pueden satisfacer con cargo a -- la partida 252/715 o con cargo a mas de una partida presupuestaria; o bien si se trata de gastos de personal estos se -- pueden satisfacer con cargo a la partida 252/715 o con car-

go a la 421/715 ya que esta última es una partida de carácter general que recoge todas las dotaciones a RTVE sin desglose en capítulos y conceptos.

Por otra parte, además de la falta de especialidad presupuestaria que de tal hecho resulta nos encontramos -- con que la definición de servicio público centralizado viene dada por el art. 3 de la Ley de Entidades Estatales Autonomas en función de la especificación por capítulos, artículos y conceptos con que vienen o no clasificados los créditos destinados a estos servicios; solo se consideran/ incluídos en el ámbito de la Ley los servicios cuyas dotaciones no aparecen desglosadas; para cumplir con este esquema y con el Decreto de 11 de Octubre de 1.973 lo lógico es que todas las dotaciones de TVE se incluyeran en este epígrafe nuevo (421/715) (165); sin embargo ya se ha señalado cómo las unicas dotaciones presupuestarias precisamente

(165) Debe observarse que el art. 3 de la Ley de Entidades Estatales Autonomas distingue dos tipos de servicios públicos centralizados: unos que constituyen entes autonomos y otros que no; el único criterio diferenciador reside en el hecho de si la totalidad o la mayor/ parte de sus dotaciones aparecen en forma de subvención sin la especificación y clasificación por capítulos, artículos y conceptos.

fijadas se recogen en los capítulos 2º y 6º; claro que estas no representan la mayor parte de sus dotaciones pues estas provienen de la ampliación de las consignaciones, pero de todas formas es crear una cierta confusión el hecho/ de introducir un nuevo concepto acorde con la pretensión de aplicación de la Ley de E.E.A. (421/715) y sin embargo no/ suprimir los antiguos conceptos presupuestarios. Nos encontramos así con un concepto el 421/715 (transferencia a -- RTVE) sin dotación ninguna aunque puede pensarse que al -- ser ampliable podría dotarse después.

Esta anomalía tal vez sea por otra parte intencionada, como más arriba se ha señalado, persiguiendo con ella/ una mayor disponibilidad de los recursos procedentes de la publicidad que podrían dedicarse así, no precisamente a sa tisfacer los gastos del servicio propiamente dicho, sino a cubrir también gastos de la propia Dirección General de Ra diodifusión y Televisión, debiendo recordarse en este punto que la Ley de 26-6-34 había señalado que el destino de/ los ingresos de publicidad sería la cobertura de los gas-- tos propios del servicio.

B).- La propuesta de distribución.

Visto en esencia el mecanismo de dotación presupues-

taria de Televisión Española hay que señalar los efectos -- que el articulado de las Leyes de presupuestos producen sobre las precisiones contenidas en la Ley de Entidades Estatales Autonomas; de acuerdo con el artículo 86 de esta, corresponde al Ministro respectivo determinar las propuestas/ de distribución de créditos hechas por los jefes de los Servicios. Sin embargo de acuerdo con el articulado de la Ley/ de presupuestos es el propio Gobierno el que aprueba la distribución de los ingresos de publicidad de acuerdo con la - propuesta del Ministerio de Hacienda. Naturalmente este último Ministerio podrá atender las previsiones que sobre la/ distribución le hagan en Información y Turismo, pero este - Ministerio no tiene jurídicamente competencia para hacer directamente esa propuesta lo que no deja de ser paradójico - (pues de acuerdo con el art. 10 nº 2 de la Ley de Régimen - Jurídico, que en este punto modifica el 34 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, el Consejo de Ministros aprueba los presupuestos sobre la base de los anteproyectos de los departamentos)(166).

Esta propuesta de distribución debidamente aprobada -

(166) Vid. Procedimiento presupuestario. Volumen I, pág. 58, 59 y 60. Jose María de Lucas.

viene a constituir una especie de presupuesto específico - de Radio TVE.

Debe observarse por otra parte que los ingresos que se obtienen por publicidad no son aplicados en su totalidad a la dotación de RTVE. En efecto, aparte de otras deducciones, las facultades de ampliación del Ministerio de Hacienda tienen como límite la previsión que aprueba el Gobierno a propuesta del de Hacienda a la vista de la previsión del de Información y Turismo; por tanto si los ingresos fuesen superiores a los previstos el exceso no entra en el concepto de los créditos ampliables por el Ministro de Hacienda por lo que si se hiciera necesario habría que acudir al procedimiento normal de créditos suplementarios sin que pueda al Ministro de Hacienda ampliar automáticamente los capítulos 2, 4 y 6 en base a ese exceso.

Es sintomático a este respecto que las cifras que en el presupuesto de ingresos figuran sean notablemente inferiores a las que cada año se recaudan y en concreto a las recaudadas en el año anterior por publicidad.

Así para el 1.974 y por el concepto 3233 (tasa y productos de la publicidad radiada y televisada) se preveen - 450 millones en tanto que la recaudación obtenida en 1.971 ascendió a 3.024 millones ⁽¹⁶⁾ según el Ministerio de Hacienda y a 4.290 según la propia TVE y los ingresos por este - concepto aumentan cada vez más.

Por contra los gastos previstos cada año para la Dirección General de Radiodifusión y Televisión entre los -- que se encuentran los de esta última (TV) son superiores - a los ingresos por publicidad previstos cada año.

<u>AÑOS</u>	<u>GASTOS DCIÓN. GRAL R.T.</u>	<u>INGRESOS PUBLICIDAD</u>
1.972	740.962	378.000
1.973	982.762	450.000
1.974	1.038.062	450.000

(Miles de pesetas)

(16) Fuente: Resúmenes comparativos de ingresos y pagos (Diciembre 1.971).

Resulta así que los ingresos de la Televisión los --
constituyen en primer lugar las partidas consignadas en --
los presupuestos del Estado, que para el año 1.974 han si-
do fijados en 1.038 millones de pesetas de los cuales - --
1.053 millones pertenecen a los capítulos ampliables; una/
vez agotadas las previsiones normales del presupuesto el Mi-
nisterio de Hacienda está facultado para proceder directa-
mente a la ampliación de los créditos hasta el límite máxi-
mo de la previsión aprobada por el Gobierno. Debe observar
se que la ampliación no es automática y que el límite es -
un límite máximo y no mínimo lo que indica que puede no al-
canzarse. Por otra parte, la descripción del límite máximo
no es muy feliz: en efecto, este viene constituido para la
previsión del rendimiento de la "Tasa y productos de la pu-
blicidad radiada y televisada" hecha por el Gobierno; pero
parte del importe de la referida Tasa y producto ya ha si-
do tomada en cuenta en el presupuesto de ingresos (en con-
creto para el año 1.974 en 450 millones de pesetas) por lo
que la cantidad ampliable viene determinada, en el caso de
que la previsión se ajuste a la realidad, por la diferen--
cia entre esa previsión y la cantidad incorporada al presu-
puesto de ingresos; es decir, si en 1.974 se preve una re-
caudación de 6.500 millones de pesetas, por poner un ejem-
plo, y esta es la re- - - - -

caudación que efectivamente se realiza la dotación máxima - de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión será/ de: 1.038 millones de pesetas presupuestadas + (6.500 millones - 450 millones).

Ello es así porque esos 450 millones ya han sido tomados en cuenta para cuadrar los Estados A y B del presupuesto y por tanto para fijar esos 1.038 millones de pesetas -- iniciales.

Del ejemplo que se ha puesto se sigue que para este - mismo año 1.974 los recursos extrapublicitarios estan constituidos por la diferencia entre 1.038 millones y los 450 - millones previstos en el Estado de ingresos del presupuesto, es decir 638 millones de pesetas; en efecto, si la ampliación prevista en el estado B se utilizase al máximo resultaría que la Dirección contaría con los 6.500 millones de publicidad mas 638 de presupuestos (1.038 - 450 publicidad = 638).

C).- CONCLUSION.

RTVE pese a configurarse como servicio público centralizado sometido a la Ley de Entidades Estatales Autonomas y pese a tener desde el presupuesto de 1.974 una partida pre-

supuestaria propia sigue teniendo sus consignaciones mezcla das con las propias de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión. Dado el carácter empresarial de RTVE lo normal es que en su funcionamiento tenga mayor agilidad que la/ de un simple órgano del Estado sujeto siempre al presupuesto, lo que no implica menor control, a "posteriori", del -- gasto realizado; pero lo que no tiene sentido es que configurado ya como ente autonomo sus dotaciones sigan mezcladas con las propias de la Dirección General de Radiodifusión y/ Televisión. Lo procednete sería a nuestro juicio, que, las/ dotaciones totales para RTVE apareciesen englobadas en el epí grafe 421/715 sin señalamiento de capítulos, artículos y con ceptos y sin perjuicio del control a posteriori de los gas tos y de la aprobación previa de la aplicación de los recur sos que se le asignan.

En cuanto al Estado letra B del presupuesto a conti-- nuación veremos las distintas partidas que en el mismo se -- recogen procedentes de la publicidad en Televisión.

III. PUBLICIDAD.

No es necesario explicar la importancia de los medios audiovisuales en la esfera publicitaria; de todos es conoci da así como también los elevados costes de tal actividad. -

En realidad los ingresos que por este concepto se obtienen son los que permiten el funcionamiento y desarrollo de la Televisión.

La publicidad desde los comienzos de la Televisión - en nuestro país, hasta la fecha ha experimentado un incremento que podríamos calificar como de fabuloso, incremento respecto del que, en muchos casos, el hombre de la calle - no tiene cifras exactas y oficiales, pese a que la O.M. de 25 de Febrero de 1.959 ordenaba al Instituto Nacional de Estadística la publicación de las estadísticas de Televisión relativas a la publicidad. De todas formas la Prensa/ suele informar cada año de las repetidas cifras aunque resulta difícil saber si las mismas se refieren a publicidad bruta o neta, así como de las deducciones que sobre ella - hayan podido realizarse.

La primera pregunta que podemos hacernos es la de saber que son los ingresos procedentes de la Televisión para después examinar el destino de los mismos.

A).- Naturaleza de los productos procedentes de la -
publicidad.

RTVE difunde por sus emisoras publicidad y a cambio/ de ello percibe una cantidad. La prestación de TVE consis-

te en la difusión de los mensajes publicitarios y la prestación de los anunciantes en el pago del precio (168). La relación contractual que se establece es un contrato que no tiene tipo definido en el Código Civil pero que sin embargo es ta perfectamente delimitado en el Estatuto de la Publicidad como contrato de difusión Publicitaria; estatuto que a tenor de su artículo primero constituye el regimen jurídico - aplicable a tales contratos (169).

El contrato entre Televisión y anunciante es un contrato de difusión o de tarifa publicitaria conforme al artículo 43 de la Ley de 11 de Junio de 1.964 que aprobaba el - Estatuto de la Publicidad. Este define con gran amplitud su objeto pues sus normas se aplican "a toda actividad publicitaria, cualquiera que sea su objeto y el medio de difusión/ empleado"; así pues, al margen de su naturaleza administrativa o privada, la normativa propia de la publicidad es común a ambos tipos de contratos.

(168) Sobre la naturaleza de este ingreso puede ver la Sentencia de 28 de Marzo de 1.949 citada por Villar Palasi en "La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo" R.A.P. pág. 91.

(169) Vid. Roberto Parejo Gamir. "Contratos administrativos - atipicos" R.A.P. nº 55, pág. 418.

"Las Normas del presente Estatuto serán de aplicación a toda actividad publicitaria, cualquiera que sea su objeto y el medio de difusión empleado" (art. 1, Ley de 11-Junio--1.964).

La aplicación a los contratos publicitarios de Televisión Española de la Ley de 11 de Junio de 1.964 plantea algunos problemas; así en lo que se refiere a la presunción -- que el artículo 30 establece de la existencia en todo contrato de una estipulación pactando la sumisión al Jurado de Publicidad que cnforme al artículo 66 de la Ley de 11 de Junio conoce de las controversias entre partes derivadas de -- la actividad publicitaria; lo característico de la actua-- ción del Jurado es que tales controversias las resuelve de/ conformidad con las reglas aplicables a los arbitrajes de -- equidad de la Ley de 22 de Diciembre de 1.955. La posibilidad de que la Administración pueda someterse a tal arbitraje, en virtud de tal presunción, cuando no se haya excluido expresamente, no parece muy aceptable, cualquiera que sea la/ naturaleza administrativa o privada de los contratos, pues/ el art. 6, párrafo 2º, de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública ^{/exige/} una Ley previa para someterse la Administración al juicio de arbitros.

Ciñéndonos al tema de la naturaleza pública o privada del contrato el Profesor Villar Palasí, indica la sumisión de estos contratos a la contencioso administrativa, que -- efectivamente aceptan las partes, lo que en principio podría apoyar el carácter administrativo del contrato (arts. 9 y 10 Reglamento de la Ley de Contratos). Sabidas son las dificultades de la distinción de tales contratos cuando se hallan en esa zona intermedia que tan difícil hace su calificación. La difusión de los mensajes publicitarios no es el fin del servicio público que establece la Ley de 1.934; en esta ya se configuraba la publicidad como una fuente de recursos exclusivamente para el mantenimiento del servicio; así desde el punto de vista de la Administración la difusión de publicidad no es el fin que persigue el servicio; la publicidad de marcas a favor de particulares interesa solo a estos no al interés público directamente; lo que la Administración hace es aprovechar esa circunstancia para allegar recursos con que sostener el Servicio que se define por la satisfacción de intereses públicos de carácter cultural, recreativo, informativo, etc. Por ello precisamente, por no ser algo intrínseco al servicio, sino incluso contrario al mismo, la Ley de 26 de Junio de 1.934, prevé su gradual desaparición; ello indica su carácter transitorio y patrimonial y su total desvinculación con la esencia del servicio/

público de radiodifusión; la publicidad no es un fin del - servicio y por tanto los contratos relativos a ella no persiguen directamente ni un servicio público ni la satisfición de un interés público.

Pese a todo lo expuesto la amplitud de los supuestos contenidos en el artículo 4 de la vigente Ley de Contratos del Estado y en el art. 8 nº 1 y 2 de su Reglamento permitirían configurar los contratos publicitarios de Televisión Española como contratos administrativos. Así la circunstancia primera del artículo 8º citado consistenen "que la - - prestación a que se haya comprometido a entregar el particular este directamente vinculada a las necesidades de un servicio público que requiera precisamente aquella prestación para su desenvolvimiento regular", y la 2ª en que revista/ "características intrínsecas que hagan necesaria un especial tutela del interes público". Desde luego no parece -- que el número 1º encaje exactamente en el contrato de publicidad de Televisión Española pues la vinculación de las necesidades del servicio no es directa y en cuanto al segundo - número del mismo artículo, todo depende de la interpretación que pueden hacer los Tribunales del precepto. A nuestro juicio sin embargo parece que los contratos de publicidad no tienen caracter típicamente administrativo.

La jurisprudencia a este respecto es muy escasa hasta el punto que solo hemos podido localizar una Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 20 de Noviembre de 1.970, (Ponente Victor Servan Mur). Los antecedentes de la Sentencia consisten, por lo que se desprende de los considerandos de la misma, en que la empresa "Telecentral de Publicidad, S.A." había contratado el 27 de Septiembre de 1.965 la adjudicación del servicio de publicidad en las emisiones de la Red Nacional con excepción del centro emisor de Canarias. La adjudicación fué renovada por sucesivos contratos: uno para cada uno de las dos cadenas de TV). El 30 de Septiembre de 1.968, se prorrogaron los contratos nada mas por el último trimestre de dicho año y en 9 de Noviembre la Junta de Televisión Española adoptó determinados acuerdos que son los que impugnaba "Telecentral de Publicidad, S.A.".

Tales acuerdos consistían en esencia en la decisión de la Junta de Televisión Española de explotar directamente los tiempos de publicidad a partir del 1 de Octubre de 1.969 prorrogando hasta esa fecha los contratos con Telecentral. Esta Entidad interpuso recurso contra dicho acto de la Junta de 8 de Mayo de 1.969; simultaneamente y contra las "Tarifas y Conclusiones provisionales de Contratación de Publicidad" publicados por la Gerencia de Publicidad in-

intèrpuso recurso ante el Ministro que fué desestimado y -
se acumuló al anterior.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró inadmi-
sible el recurso por extemporaneo y por carecer de legiti-
mación.

Como se ve el objeto de recurso no es ningún acto de
la Administración surgido del cumplimiento o inteligencia/
del contrato, sino la impugnación de las tarifas y el acuer-
do de la Junta de explotar directamente sus tiempos publi-
citarios; de ahí que el hecho de que se trate de la Sala -
3ª del Tribunal Supremo carezca de relevancia en cuanto a/
que de ello se deduzca un reconocimiento del carácter admi-
nistrativo del contrato; precisamente la inadmisibilidad -
se fundamenta en que el contrato con Telecentral había de/
quedar extinguido en 30-IX-1.969 en tanto que las tarifas/
que se impugnaban son los que habían de regir a partir de/
esa fecha. Es decir que la propia Sentencia reconoce que -
la acción que se ejercita nada tiene que ver con el contra-
to anterior con lo cual la intervención de la Sala 3ª no -
prejuza la naturaleza de ese contrato.

Si acaso algo es relevante es la circunstancia de --
que hasta 1.969 TVE no efectuaba contratos cuyo objeto di-

recto era la publicidad, sino que encomendaba la gestión -- de tal publicidad a otro Ente quien a su vez contrataba -- los tiempos a los anunciantes o a las agencias.

De otra parte hay que reseñar el Acuerdo del Tribu--
nal Económico Administrativo Central de 19 de Febrero de --
1.964 por el que se declaró incompetente para conocer de --
una reclamación contra una factura de publicidad en base a
que "los mencionados contratos suscritos como queda dicho/
por "E" y Televisión Española, así como las correspondien--
tes facturas cursadas para el cobro del servicio prestado/
por Televisión Española no constituyen materia comprendida
en los casos taxativos que establece el artículo 1º del Re--
glamento de procedimiento para las reclamaciones económico--
administrativas sino que por su naturaleza esencialmente ci--
vil -obligación por parte de TVE de proyectar la publicidad
y la recíproca de la Agencia "E" de pagar el importe del --
Servicio, contraídos ambos contractualmente quedan al mar--
gen de la jurisdicción económico-administrativa...."

El Tribunal Económico Administrativo, al menos en es--
te acuerdo, parece inclinado por considerar la relación de--
rivada de los contratos de publicidad de Televisión Español--
a como una relación civil, naturaleza que a nuestro jui--

cio parece la mas correcta con todas las salvedades enumeradas.

B).- Destino de los ingresos procedentes de la publicidad.

Mediante la difusión publicitaria de anuncios Televisión Española percibe un precio que viene determinado en -- función de la duración y de la posición del espacio temporal y en el de programación utilizado según tarifas previamente aprobadas; el importe de este precio no permanece sin embargo en manos de Televisión Española directamente sino -- que queda sometido a unas complicadas normas que marcan su destino final.

La Ley de 26 de Junio de 1.934 recogía en su artículo 6º la publicidad como uno de los ingresos propios de la Radiodifusión que constituirían una partida del presupuesto -- de ingresos y en ese sentido -- la Orden del Ministerio de Hacienda de 26 de Marzo de 1.935 dispuso que "en el Estado/ letra B del presupuesto de ingresos se considere incluido -- dentro de la Sección 3ª "Monopolios y Servicios explotados por la Administración" un nuevo capítulo al que corresponderá -- el número 16, artículo único, y que se denomina "Productos/ del Servicio de Radiodifusión Nacional" al cual se aplicaran los que se obtengan por los conceptos que enumera el --

artículo 6 de la Ley de 26 de Junio de 1.934".

El art. 7 de la misma Ley, por su parte, ordenaba que en el Presupuesto de Gastos se incluyese "la cantidad -- anual necesaria para el sostenimiento del servicio y amortización del coste de las estaciones no debiendo exceder -- el total de gastos del importe de los ingresos de radiodifusión obtenidos en el ejercicio precedente". Formalmente/ se respetaba el principio de unidad de caja, pues todos -- los ingresos se incluían en una partida del de ingresos, -- que constituía el límite máximo de los gastos del servicio del ejercicio siguiente que se fijarían en cada ejercicio. Ahora bien esos ingresos no tenían necesaria y formalmente que destinarse al servicio, pues podían no dedicarse al -- mismo en su totalidad; es decir que formalmente no existía afectación absoluta del ingreso al servicio aunque si exis tier a una afectación que en la práctica podía llegar a ser absoluta.

Por otra parte el Reglamento de la Ley de 1.934 apro bado por Decreto de 22 de Noviembre de 1.935 introducía -- una precisión importante en cuanto al destino de los ingre sos. El art. 41 del Reglamento disponía que:

"Las cantidades totales obtenidas por publicidad ra-

diada seran entregadas por la Empresa a la Jefatura de Telegrafos correspondiente, deduciendo un 30% que se reservará a la Empresa, para cubrir los gastos de este servicio y el líquido lo ingresarán los Jefes de Centro o de Sección/ de Telegrafos en la respectiva Delegación de Hacienda, bajo el epígrafe de "Productos del Servicio de Radiodifusión Nacional" remitiendo la carta de pago al Departamento de Radiodifusión".

La referencia a "la Empresa" debe entenderse en el contexto de la Ley y del Reglamento que preveían el arriendo/ de la programación a Entidades Nacionales a las que correspondía "la organización de la publicidad radiada por las emisoras del Estado" (art. 36 Decreto 22-XI-1.935); lo importante del precepto es esa deducción del 30% para los gastos del Servicio y sobre todo la forma en que se hacía, es decir deduciendola de la cantidad obtenida por publicidad que por constituir una partida del presupuesto de Ingresos del Estado deberá estar sujeta a lo dispuesto en el artículo 41 in fine de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública cuando dispone que "queda prohibido en absoluto atender obligación alguna del Estado minorando los ingresos de las rentas. En su consecuencia se incluirían en el Estado de gastos cuantas ocasiones la ad-

ministración, investigación, fabricación y venta de las --
contribuciones, impuestos, rentas, derechos, monopolios y/
servicios explotados por la Hacienda, y en el de ingresos/
lo que realmente produzcan cada uno de los recursos presu-
puestos"; esta anomalía va a persistir en la actualidad co-
mo luego veremos a la hora de hacer el reparto de los in-
gresos de publicidad.

Para terminar con esta exposición de las primeras --
normas reguladoras del destino de los ingresos precedentes
de la publicidad debe recordarse que el Decreto de 8 de Di-
ciembre de 1.932 había establecido una participación del -
20% en los ingresos de publicidad, de las emisoras de los/
particulares; el artículo 45 del Reglamento de 22 de No- -
viembre de 1.935 estableció que esta participación se in-
gresase también con cargo al epígrafe de "Productos del --
servicio de Radiodifusión Nacional" que creó la Orden de -
25 de Marzo de 1.935 según vimos. Por tanto en este epígra-
fe se recogía tanto los ingresos de la publicidad de las -
emisoras del Estado como los procedentes de la participa-
ción de éste en emisoras de particulares.

En la actualidad las normas que han regulado el des-
tino de los ingresos por publicidad son: 1º) El Decreto de
3 de Octubre de 1.957, sobre funcionamiento de A.R.E., 2º)
El Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 regulador de la par

ticipación del Estado en los ingresos de Publicidad y normativa posterior desarrollandolo, 3º) Decreto de 27 de Julio/ de 1.959 regulador de la Tasa de publicidad radiada y de -- los ingresos provenientes de la publicidad voluntaria, 4º)/ Orden Ministerial de 20 de Noviembre de 1.959 () y Órdenes Ministeriales de 1 de Marzo de 1.961 y 13 de Febrero de -- 1.964 y 8 de Marzo de 1.974, 5º) Órdenes Ministeriales Leyes Presupuestarias desde los de 1.966-67.

Las normas citadas no son del todo coherentes ni concordantes con lo dispuesto en la Ley de Radiodifusión de -- 1.934 todavía vigente. Sin duda que los planteamientos económicos de esta Ley no resultaban adecuados a la nueva realidad de la Televisión pero en cualquier caso se observa el desfase indicado.

De una parte el Decreto de 3 de Octubre de 1.957 había atribuido a ARE en su artículo 4º, "Además de los créditos presupuestarios" los fondos "que le correspondan por publicidad radiada, por el impuesto de publicidad o por cualquier otro concepto que pueda atribuirsele por razón del -- Servicio que presta", cuando lo cierto es que los ingresos/

(170) Citada en el Anexo del Plan de Desarrollo económico y social 1.964-67, pág. 150.

por publicidad constituían por mandato de la Ley una parti-da, del presupuesto de ingresos del Estado afectada relati-vamente al servicio; claro que tal vez lo que el Decreto po-nía de manifiesto era el problema surgido como consecuencia de la creación de un Ente Autonomo para desempeñar un servi-cio considerado como "función esencial y privativa del Esta-do" con expresa prohibición, incluso, de conceder las esta-ciones; es decir cómo puede un Ente con personalidad jurídi-ca distinta de la del Estado ejercer una función tan esen-cial y privativa del mismo que ni siquiera se autoriza la -concesión; y supuesto que tal transferencia de funciones se haya hecho, qué ocurre con sus ingresos publicitarios que -en principio debían integrarse en los presupuestos del Esta-do. Había que legalizar sin duda las consecuencias de la --creación de ARE como organismo autonomo buscando un cierto/amparo formal en disposiciones administrativas aunque a ni-vel practico el ARE no llegó a existir de acuerdo con la dis-posición transitoria Decreto 3-X-1.957.

Por otra parte el Decreto de 27 de Julio de 1.959 - - (1330/59) al amparo de la autorización contenida en la Ley/de Tasas y Exacciones parafiscales y sin duda buscando en es-ta Ley su apoyo mas sólido para legalizar el problema de la publicidad, aprovecha la regulación que hace de la "Tasa de

Publicidad Radiada obligatoria" para incluir un precepto - que, de pasada, regule también la llamada publicidad voluntaria; tal precepto va a ser el artículo sexto del Decreto 1330/59 que al regular el destino de la Tasa dispone:

"Art. 6. Destino.- El producto de la tasa que se regula en este Decreto incrementara el obtenido por la publicidad voluntaria en las Emisoras Nacionales de Radiodifusión y Televisión destinándose la totalidad de los ingresos a la minoración de gastos públicos para la cobertura de los del servicio una vez deducidos los gastos de su gestión y administración así como el 30% de su importe bruto que se aplicará a retribuciones complementarias del personal activo y pasivo del Ministerio de Información y Turismo."

Este precepto es fundamental porque define el destino de los ingresos de la publicidad voluntaria de Televisión Española y porque hasta los presupuestos de 1.966 era la única norma que definía la mecánica a seguir para reintegrar a Televisión de sus ingresos por publicidad; desde los referidos presupuestos la técnica que se sigue es la de ampliación de créditos por autorización del propio articulado de la Ley, lo que supone, ciertamente, una mayor cobertura legal.

Pero volviendo al destino de los ingresos vemos que -- del total habrá que separar un 30% para retribuciones complementarias y una cantidad indeterminada para atender a -- los gastos de gestión y administración de la propia publicidad; esta última cantidad va a determinarse en la O.M. de 1 de Marzo de 1.961 y posteriormente en la de 13 de Febrero de 1.964, (art. 9) fijandose en un 25% de la publicidad bruta. La O.M. de 8-III-1.974 aunque no fija la cantidad y deroga la de 13-II-1.964 se remite a las normas legales para determinar el quantum de esa cantidad para gastos de gestión y organización.

Además de estas partidas debe deducirse también un -- 5% correspondiente a la participación establecida por el Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 en la forma que se verá -- mas adelante.

a).- Los gastos de gestión y administración de la publicidad voluntaria.

Como queda dicho de acuerdo con el artículo 9 de la -- Orden Ministerial de 13 de Febrero de 1.964, los gastos de gestión y Administración se fijan en un 25% del producto total que se obtenga por publicidad. Tal deducción se vió ya/ como se estableció también por el art. 41 del Reglamento de

la Ley de Radiodifusión del 34, si bien en dicho texto la cifra era del 30%; sin embargo existe una notable diferencia en el hecho de que en el reglamento se contemplaba el caso de gastos de Empresas arrendatarias de la programación y en cambio Televisión Española es la propia Administración del Estado; en cualquier caso el procedimiento no está autorizado por el último párrafo del artículo 41 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, que prohíbe atender obligación alguna del Estado minorando los ingresos de las rentas; y además la propia Ley de Radiodifusión de 26 de Junio de 1.934 ya establecía que lo que se obtuviera por publicidad constituiría una partida del presupuesto de Ingresos del Estado. Sin embargo, como el Decreto 1.330/59 había previsto que la minoración de gastos se hiciera con la cantidad que restase de quitar del importe total de la publicidad voluntaria los gastos de su gestión y administración y el 30% para retribuciones de funcionarios del Ministerio, la Orden de 1 de Marzo de 1.961, primero, y la de 13 de Febrero de 1.964, después, fijaron esos gastos de gestión y administración en el 25% como máximo, apoyándose en ese Decreto que en este punto era contrario a la Ley de 1.934 y a la de Contabilidad de la Hacienda Pública, si bien se amparaba en la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales como ya se ha indicado anteriormente. Muy recientemente

la Orden de 8 de Marzo de 1.974 ha derogado la de 13 de Febrero de 1.964 si bien en su artículo 9 sigue refiriendose/ a los gastos de gestión y administración de la publicidad - que seran aprobados por el Gobierno "de acuerdo con la legislación vigente"; no podemos saber que entiende el autor/ de la norma por legislación vigente pero es de suponer que/ no se refiere al Decreto de 1.330/59 sino que esos gastos - entran dentro del conjunto de los gastos del servicio que - se satisfacen con los créditos consignados en los presupuestos procedentes de la publicidad adecuando así la practica/ a la mentada legislación vigente.

b).- La participación del Estado en la Publicidad.

b.1.- El Decreto de 27 de Diciembre de 1.957 regulaba la participación del Estado "sobre los ingresos de cualquier naturaleza y clase que fueren obtenidos de la publicidad radiada de sonidos e imagenes" (art. 1, Decreto de 27 de Diciembre de 1.957) viniendo obligados al pago de tal participación "todas las estaciones de Radiodifusión ya sean públicas o privadas por razón de la publicidad por ellos difundida y cualquiera que sea la naturaleza y clase de los ingresos de ella derivados y el motivo publicitario que los origine".

La redacción del Decreto no deja de ser singular si - se tiene en cuenta que de acuerdo con el mismo estan sujetos a la participación las propias estaciones públicas así/ como los ingresos obtenidos de la publicidad de sonidos e - imagenes, referencia inequívoca a la Televisión que dos meses antes se había definido como función exclusiva de A.R.E. (art. 3º c) y d) del Decreto de 3-X-1.957). Es decir que el Estado es sujeto obligado y acreedor por un mismo concepto, pues aunque A.R.E. pretendiese ser un Ente Autónomo no cabe duda de que formaba parte de la Administración del Estado pues de acuerdo con su disposición transitoria quedaba integrada en la misma, y en cualquier caso el art. 4 del Decreto de 3 de Octubre de 1.957 atribuía a este Ente entre otros recursos el llamado equívocamente impuesto de publicidad.

Llegados a este punto debe subrayarse que la normativa que desarrolla el Decreto de 23-XII-1.957 emplea una terminología muy equívoca. Así por ejemplo, en tanto que este Decreto habla siempre de participación del Estado en los ingresos/ por publicidad la Orden de 5 de Febrero de 1.958 que lo desarrolla habla del Impuesto sobre publicidad radiada y lo mismo hace el Decreto de 3-X-1.957.

La cuestión reside en saber donde se halla la fuerza -

de obligar que el Decreto de 23-XII-1.957 pretende imponer. Por qué razón los particulares han de pagar al Estado una parte de lo que obtienen por publicidad. El tema es algo -- confuso y precisamente por eso algunos han pensado que la Administración carece de título específico para exigir esa/ participación que no sería así otra cosa que la manifesta-- ción de un poder tributario abstracto que posee el Estado -- sin necesidad de justificarse con título concreto alguno. -- De esta forma el propio ordenamiento administrativo ha pensa-- do que se estaba ante un auténtico impuesto y en el mismo -- sentido se ha pronunciado algún autor.

Lo cierto es que esta participación no arranca del pro-- pio Decreto de 23-XII-1.957 y así su propio preámbulo se re-- mite equivocadamente al Decreto de 8 de Abril de 1.932 como la norma que estableció tal participación. El equívoco resi-- de en que el Decreto de 8 de Abril de 1.932 no se refiere -- directamente a tal participación y la única relación que -- puede guardar con la misma consiste en que los gastos de su-- ministro e instalación de las Estaciones de la Red Nacional y arriendo de programas se sufragarían, entre otros concep-- tos, por la publicidad; pero ello solo supondría una forma de pago a los suministradores o arrendadores pero no una parti-- cipación del Estado en los ingresos de publicidad.

A nuestro juicio el Decreto de 23 de Diciembre de -- 1.957 debía querer referirse a otro Decreto del mismo año y día pero de distinto mes: el de 8 de Diciembre de 1.932 en cuyo artículo octavo se preveía la participación del Estado en el 20% de los ingresos que se obtuviesen por publicidad/ en la emisora autorizada conforme a dicho Decreto. Buena -- prueba del "lapsus" lo constituye el artículo 4 del Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 que fija el tipo de la participación en el 20% "conforme al artículo octavo del Decreto -- de 8 de Diciembre de 1.932". Esta participación del 20% que el Decreto 23 de Diciembre de 1.957 fija con carácter general para todas las emisoras públicas y privadas, sin distinción, se deja en solo un 5% por una simple Orden Ministerial posterior de 27 de Marzo de 1.958, para las emisoras -- de A.R.E. entre algunas otras. Cómo puede ser esto posible, solo encuentra cabal explicación en el conocimiento exacto/ de la verdadera naturaleza jurídica de esta participación.

El Profesor Martín Oviedo ha discutido la legalidad y vigencia de esta participación por entender que se trata de un impuesto que no ha sido establecido por norma con rango/ de Ley como a su juicio era obligado; sin que puedan sustituir a tal norma las Leyes de Presupuestos que desde 1.935/ vienen incluyendo entre sus partidas una que recoge los pro

ductos de esta participación, según vimos que disponía el artículo 43 del Reglamento de 23 de Noviembre de 1.935; señala también este autor el carácter de pura previsión que tienen el presupuesto en su vertiente de Ingresos; para él, citando a García Añoveros, ningún efecto produce su aprobación con relación a los ingresos públicos (1H).

Examina igualmente la serie de normas a su juicio de rango insuficiente para establecer este impuesto: Decreto de 8 de Abril de 1.932, Decreto de 8 de Diciembre de 1.932, y Decreto de 23 de Diciembre de 1.957. A nuestro juicio sin embargo las agudas argumentaciones parten de un principio inaceptable: a saber, configurar la participación del Estado en la Publicidad como un impuesto cuando en realidad no es otra cosa que la participación del Estado en los beneficios de la actividad publicitaria del concesionario. Debe recordarse en este sentido que el Decreto de 8 de Diciembre de 1.932 partía como todos los anteriores de una premisa no confirmada: que la radiodifusión era un monopolio del Estado; sin embargo en el se establece con carácter general la/

(1H) Ver efecto de autorización para recaudarlos. Revista de Derecho Financiero "El llamado "ingreso sobre la publicidad radiada"". Jose María Martín Oviedo, pg.828 y 829.

posibilidad de otorgar autorizaciones-concesiones (el texto del Decreto utilizara los dos vocablos) de emisoras de radio difusión de carácter local; se trate de autorización o de - concesión, lo cierto es que la situación de que parte la -- mente del legislador es de monopolio de la actividad que se dispensa en lo que se refiere al ámbito local en favor de - los particulares estableciendose en la misma norma que regu la la dispensa la participación en los productos de la publi cidad. No se trata por tanto de un impuesto que grava los - resultados económicos de una actividad lícita de los parti culares sino del canon o producto que la Administración li bremente fija al permitir al particular el ejercicio de una actividad a la que con anterioridad a la dispensa y al acto autorizador no tenía derecho según la opinión común respecto/ al discutido monopolio estatal. La Administración puede - - disponer de lo suyo en orden a la satisfacción del interes/ público en la forma que le parezca mejor y si estima oportu no participar en el importe de la publicidad nadie puede ne garle su derecho. Naturalmente que si se pone en tela de -- juicio esa titularidad exclusiva de - - - - -

la Radiodifusión las consecuencias son muy distintas, pero debe observarse, como ya en otros lugares se ha indicado, / que ha sido opinión común que tal titularidad exclusiva era en realidad indiscutible e indiscutida y desde esta perspectiva hay que analizar el establecimiento de la participación del 20% del Decreto del 8 de Diciembre de 1.932.

Por eso cuando el Decreto últimamente citado faculta / a la Administración para autorizar la radiación de anuncios, fija las condiciones de esa radiación que no son otras que -- la participación del 20% de los productos que se obtenga; -- participación en cierto modo anunciada ya en el art. 22 del / Reglamento aprobado por Real Orden de 14 de Junio de 1.924. Lo importante de este caso es el hecho de la presunta inexistencia de un derecho previo del particular al ejercicio de / la actividad radiodifusora; ese derecho, se supone, pertenece al Estado en exclusiva y si decide conceder ese derecho / a los particulares puede hacerlo en las condiciones que tenga por conveniente; otra cosa sería si la autorización, en / este caso, fuese solo remoción de un límite impuesto por razones de policía o de orden público; en tal supuesto el acto de autorización y la norma que lo regulara no podrían imponer derechos o prestaciones económicas al particular que /

no estuviesen establecidos por Ley votada en Cortes. Es justamente el dato de la presunta inexistencia de derecho previo alguno del particular lo que hace que la disposición que reserva al Estado el 20% de los ingresos por publicidad no/ sea nula por ir contra la Constitución del 31 cuando se dic/ to y contra el art. 28 de la L.R.J.A.E. en la actualidad. - El problema queda en pie sin embargo si se tomara en consi/ deración los argumentos en otro lugar expuesto sobre la in/ suficiencia legal del monopolio.

b.2.- Examen jurisprudencial. La práctica de denominar a esta participación "impuesto" ha dado lugar así a errores de enfoque en su naturaleza, y los propios Tribunales Econó- mico-Administrativos han incurrido en el y aunque el Tribu- nal Supremo ha rectificado la doctrina sentada por aquellos no se ha enfrentado abiertamente con el problema de la natu/ raleza de esta participación, como veremos al analizar de-- terminadas Sentencias.

Los antecedentes del asunto que se va a analizar con- sisten en que la Inspección General de la participación del Estado en la Publicidad radiada primero y la Dirección Gene

ral de Radio y TV, después, pretendieron girar a Radio Astu-
rias la participación de referencia al 20% previsto en el -
art. 4º del Decreto de 23 de Diciembre de 1.957. Radio Astu-
rias entre otras razones alega que por O.M. de 12 de Sep- -
tiembre de 1.935 la cantidad a pagar debía ser el 5% de la/
publicidad bruta.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial y Cen-
tral desestimaron los sucesivos recursos por entender que -
tratándose de un impuesto su regulación estaba contenida en
el Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 que fijó el porcenta-
je del 20%, para todas las emisoras no siendo en cambio de/
aplicación la Orden Ministerial de 27 de Marzo de 1.958 que
reducía al 5% tal participación para algunas emisoras por -
no estar comprendida entre ellas Radio Asturias.

No deja de ser chocante que el Tribunal Económico-Ad-
ministrativo emplee el término de impuesto y no entre a ha-
cer un análisis de la validez de la reducción establecida -
en la O.M. de 27 de Marzo de 1.958, porque es insólito que/
los tipos impositivos puedan reducirse por Orden Ministerial
sin un apoderamiento expreso para ello. Antes de entrar en/
este tema y en la solución dada por el Tribunal Supremo de-
be señalarse que la Orden Ministerial de 12 de Septiembre -

de 1.935 que invoca la emisora fijo efectivamente la participación de un 5%, y la razón de por qué una Orden Ministerial podía fijar tal participación está en el hecho de que el Decreto de 26 de Julio de 1.934 había previsto en su artículo sexto la prórroga de aquellas emisoras no locales cuya concesión terminase antes de instalar una emisora de la red del Estado, pero sometiendo a tales emisoras a un régimen de "Tributación" "que sea semejante al que se aplica a las estaciones de carácter local"; en cumplimiento de ese Decreto y teniendo en cuenta sus servicios anteriores la O.M. de 12 de Septiembre de 1.935 señala la participación del Estado en un 5%; como se ve el equívoco existía ya entonces hablandose de tributación cuando no se trataba de otra cosa que de un canon puesto por la Administración a la concesión de una cosa que consideraba de su exclusiva competencia.

El Tribunal Supremo en innumerables Sentencias anula las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, aunque a nuestro juicio sin llegar a enfrentarse con el meollo del asunto. Entre otras podemos citar las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de -

1.963 (Ponente Sr. D. Miguel Alonso Martín), 31 de Octubre de 1.964 (Ponente Sr. D. Carlos Leguina Juarez), 24 de Marzo de 1.965 (Ponente Sr. D. Tomas Alonso Perez); 1 de Ju--lio de 1.965 (Ponente Sr. D. Jose María Suarez Vence), 13/ de Febrero de 1.968 (Ponente Sr. D. Carlos Leguina Juarez), 23 de Noviembre de 1.968 (Ponente Sr. D. Dionisio Bombín - Nieto), Sentencia de 15 de Enero de 1.969 (Ponente Sr. D./ Tomas Alonso Pérez) y Sentencia de 23 de Junio de 1.969 -- (Ponente Sr. D. Enrique Medina Balmaseda).

Las Sentencias citadas anulan los acuerdos del Tribunal Económico Administrativo Central y estiman los recursos de Radio Asturias que se oponían a la liquidación por el - 20% aceptando en cambio la del 5% que se fijó en la Orden/ de 12 de Septiembre de 1.935; en este sentido la Sentencia es justa pero a nuestro juicio son erroneos los fundamen--tos que invoca.

Así el Considerando Tercero de la Sentencia de 23 de Junio de 1.969 (Aranzadi 3553) dice:

"Que en mérito de ello, como dice la recientísima -- Sentencia de 15 de Enero del corriente año, una mas de las multiples dictadas en esta materia, ni la Dirección Gene--

ral de Radiodifusión y Televisión ni la Inspección General - de la Participación del Estado en la Publicidad, son órganos competentes para modificar los preceptos legales que venían/ regulando la cuantía de la participación en los productos de la publicidad de la estación emisora recurrente que viene amparada por las normas de rango constituyente como son la Ley de Régimen Jurídico de la administración del Estado, cuyo -- artículo 23 prohíbe vulnerar a toda disposición administrativa los preceptos de otra de grado superior y siendo así que/ solo por una Ley se puedan imponer exacciones y otros impuestos, como afirman el propio artículo 27 de la Ley invocada y el 10 de la denominada Ley General Tributaria de 28 de Di- -- ciembre de 1.963 es claro que toda infracción que constituye el desconocimiento o la modificación de tales principios de/ nuestro ordenamiento jurídico, recogidos tan palmariamente - en las disposiciones citadas, que no son sino repetición de/ los acatados universalmente en todo Estado de Derecho, origina indefectiblemente la nulidad de dichas disposiciones o -- acuerdos que no pueden ser mantenidos en contradicción de la Ley o norma fundamental que establece lo contrario".

Como se desprende del considerando transcrito el Tribunal Supremo parte de la consideración de la participación como un debito tributario, como el impuesto de publicidad cuya

norma de creación no encuentra Martín-Oviedo. La Sentencia no entra a considerar qué norma estableció la participación del 5%, una simple Orden Ministerial, se limita a dar por supuesto que se esta ante un impuesto que no puede modificarse ni alterarse si no es por Ley. Pero la premisa es falsa: ninguna Ley ha establecido dicha participación; esta es una especie de condición de la concesión, una cuasi clausula contractual si/no fuera porque aparece recogida en una disposición administrativa y no en un contrato. La solución justa sería la de dejar a la recurrente el 5% establecido como hace la Sentencia, pero ello no quiere decir que caducada la concesión, la Administración, en base a su presente titularidad de la Radiodifusión, otorgase nueva concesión en base a condiciones diferentes; desde esta perspectiva no se trata de la competencia o incompetencia de un órgano para establecer o modificar exacciones o impuestos, sino de su competencia o incompetencia para fijar las condiciones de la concesión. Es obvio que a las emisoras establecidas después de Septiembre de 1.935 se les ha podido obligar a entregar un 20% y no podría anular dicho porcentaje afirmando que se modificaba una Ley de carácter Tributario porque tal Ley no existe; se trata simplemente de --

condiciones, cargas y canones de la concesión. En el caso - concreto contemplado es de Justicia que a la recurrente no/ se le altere el porcentaje de la participación, pero no en/ base a los preceptos invocados sino en base a los propios - actos de la Administración, a los derechos adquiridos por - el particular y a la imposibilidad de revocar sin mas ó re- visar los actos declarativos de derechos y las condiciones/ en que se hizo la presunta concesión. El porcentaje que se/ le había fijado a la emisora en el acto de la concesión o - de su prorroga no puede modificarse mientras dure esta, pe- ro en caso de nueva concesión podrían revisar sus condicio- nes y entre ellos la relativa a la participación del Estado en la publicidad.

b.3.- Regulación legal de la participación. Como an-- tes se ha indicado el Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 - es el que dió nueva regulación al tema de los ingresos esta- tales provenientes de la participación en la publicidad, -- conforme al mismo el tipo de la participación sería el 20%/ (art. 4º) y la base del calculo los ingresos brutos obteni- dos por las emisoras, determinandose tales ingresos "por -- las cantidades que deban abonar los anunciantes conforme a/ los contratos pactados y de acuerdo con las tarifas fijadas discrecionalmente por el Ministerio de Información y - - -

Turismo (172).

Sujetos obligados al pago son las emisoras que difunden los anuncios y por tanto, por lo que a televisión respecta, RTVE, empresa del Estado, es la obligada al pago al Estado de tal participación; sobre tal contrasentido ya hemos adelantado nuestra opinión y mas tarde volveremos sobre el mismo.

El importe a que asciende tales cantidades no puede - saberse con exactitud ya que no se hace por el Instituto Nacional de Estadística la publicación de cifras prescrita en la Orden Ministerial de 25 de Febrero de 1.959.

En los presupuestos parece que la cantidad obtenida - de este 5% se incluye en el epígrafe 2331 "Derechos de publicidad de la Radiodifusión y Televisión", del presupuesto de ingresos, con una cantidad calculada para 1.974 de 90 millones de pesetas. Sin embargo dicha cantidad apenas ha - - aumentado desde 1.964 por lo que si se tiene en cuenta el - enorme aumento de la publicidad en Televisión desde aquella

(172) Como ya se indicó anteriormente una Orden Ministerial - posterior a este Decreto dejó el tipo solo en un 5% para determinadas empresas.

fecha debe concluirse que es difícil admitir que el 5% de -
publicidad se incluya en el referido epígrafe.

De acuerdo con los resúmenes estadísticos de recaudación y pagos del Ministerio de Hacienda las cantidades recaudadas por el epígrafe 2331 desde 1.964 son los siguientes (debe advertirse que desde esa fecha el número del epígrafe ha cambiado pero el concepto es el mismo "Derechos de publicidad de la RTV").

CUADRO Nº 1 ()

<u>AÑO</u>	<u>NÚMERO</u>	<u>CONCEPTO</u>	<u>IMPORTE RECAUDADO</u>
1.964	219	Derechos de publicidad del Ser ^v R.	67.401.394
1.965	117	Publicidad Radiodifusión	83.137.409
1.966	117	Publicidad Radiodifusión	74.588.383
1.967	117	" "	83.003.212
1.968	2331	" "	89.440.672
1.969	2331	" "	70.813.655
1.970	2331	" y Televisión	84.687.309
1.971	2331	" "	81.709.543

Sin embargo en el epígrafe 3233 (Tasa y producto de la Publicidad radiada y Televisada) se vienen incluyendo las -
cantidades recaudadas por publicidad desde 1.966. La Ley de
21 de Diciembre de 1.965 que aprobó los presupuestos del --
bienio 66-67 introdujo por primera vez este epígrafe cuyo -

deslinde del anterior no está muy claro. Las cantidades recaudadas según la misma fuente son las siguientes:

CUADRO Nº 2 ()

<u>AÑO</u>	<u>NUMERO</u>	<u>CONCEPTO</u>	<u>IMPORTE RECAUDACION</u>
1.964	----	-----	-----
1.965	----	-----	-----
1.966	3110	Tasa y productos de la public. radiada y televisada	1.386.689.447
1.967	3110	Tasa y producto de la public. radiada y televisada	1.639.661.435
1.968	3233	Productos de la public. radiada y televisada	2.080.560.179
1.969	3233	" " "	1.800.551.111
1.970	3233	" " "	2.690.333.848
1.971	3233	" " "	3.024.694.350

Las cantidades de ambos cuadros son muy inferiores a las cifras dadas oficiosa y esporadicamente por la propia Televisión y por la prensa. Así en un folleto editado -- por Radio Nacional de España (Depósito Legal M-31202/72) -- con motivo de la inauguración por el Principe de un centro/ de producción de programas se dan como cifra recaudada por publicidad e ingresos varios, solo de Televisión Española, 4.290.139.904 en tanto que en el cuadro nº 2 la intervención de Hacienda da como recaudadas por publicidad e ingresos varios en ambos medios 3.024.644.350.

En el mismo folleto y para el año 1.971 se dice recaudado por publicidad de Radio y Televisión (A) 4.406.823.777, y deducido y revertido el Estado por tasas, participaran en la publicidad (B) 1.372.582.334 la diferencia entre ambas partidas (A-B) es 3.034.241.441 que ya se asemeja mas a la del cuadro número 2 por lo que podría deducirse que las cantidades de este cuadro son netas; la posible diferencia de 10 millones con el cuadro número 2 (3.034 - 3.024 = 10 millones) puede deberse a que como hemos dicho las cifras del folleto comprenden no solo la publicidad sino también otros ingresos (como pueden ser ventas de programas al extranjero, Telerañic, etc.) (73) que naturalmente no aparecen en el epígrafe "tasa y productos de la publicidad radiada y Televisada" puesto que no son publicidad.

Como se ve las cantidades provenientes de la publicidad comercial han experimentado un notable aumento que no ha tenido reflejo en el epígrafe 2331 lo que podría hacer -

(73) Debe tenerse en cuenta además que en ocasiones parece que se ha utilizado el sistema de publicidad por paquetes mediante el cual del importe de la publicidad se deduce el coste del programa; ello puede explicar también las diferencias entre unas cifras y otras según se tomen los importes brutos o netos.

pensar contra lo que se acaba de exponer que las cantidades brutas obtenidas, es decir, sin deducir la participación, - se recogen todas en el epígrafe 3233; "Tasa y productos de/ la publicidad", en cuyo caso, como lo que se obtenga por este concepto constituye la cifra máxima de ampliación de los capítulos 2º y 4º y 6º de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, la participación del 5% en la práctica -- no existe. Sin embargo el artículo 21 del Decreto de 23 de/ Diciembre de 1.957 había ya señalado el epígrafe presupues- tario de ingresos en el que debían incluirse los productos/ de esta participación. Este epígrafe era el mismo existente hasta 1.966 en el que debía incluirse tanto la publicidad - directa de las emisoras del Estado como la participación de este en los productos de la publicidad de las emisoras locales (cuadro nº 1). Pero como en el presupuesto de 1.966 aparece un nuevo concepto cuyo contenido no se define expresa- mente, salvo vagamente en el artículo 48 de la Ley de 21 de/ Diciembre de 1.965 que aprobo los presupuestos del bienio - siguiente, hay que interpretar al alcance del epígrafe de -- acuerdo con la normativa entonces y ahora vigente.

Antes se ha transcrito el precepto repetido en las su- cesivas leyes de presupuestos y se recordará que en el se - habla de una previsión que aprobará el Gobierno de la "Tasa y Productos de la p**u**blicidad radiada y televisada y de la -

aplicación de la misma". El concepto de la tasa esta definido en el Decreto de 27 de Julio de 1.959 pero no el de "productos de la publicidad radiada y televisada" o al menos no está tan claramente definido pues puede dudarse si comprende/ el importe bruto o solo el neto una vez deducido el 30% para funcionarios y los gastos de la propia publicidad e incluso el 5% de la participación. La interpretación de este as-pecto es importante porque de aceptarse que los "productos/de publicidad" comprende el bruto de lo obtenido resultara/ que el artículo 6º del Decreto de 27 de Julio de 1.959 ha--bría quedado sin efecto en virtud de cada una de las leyes/de presupuestos y por tanto que no existe porcentaje alguno a deducir para funcionarios o para gastos de la propia pu--blicidad, aunque el Ministerio de Información y Turismo pueda distribuir sus dotaciones presupuestarias como lo estime mas conveniente pero siempre quedando dentro de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión. Por otra parte las -leyes de presupuestos tienen un segundo párrafo en el referido artículo en el que se preve la ampliación de determinados capítulos de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión" "con el importe de los ingresos que se realicen -en el tesoro con dicha finalidad", ¿qué ingresos son estos y a qué finalidad, que no origen, se refieren?. La única finalidad de los ingresos de publicidad definido en textos posi

tivos es la que aparece en la Ley de Radiodifusión de 24 de Junio de 1.934 y desde luego en esta Ley no se habla para nada de la deducción de un 30% del importe bruto para atender a gastos de funcionarios. Es decir, que las leyes de presupuestos parten de una finalidad ya definida que de acuerdo con la jerarquía de las normas no puede ser otra que la recogida en la Ley de 26 de Junio de 1.934, pero da la impresión de que en la práctica esto no es así; se ha olvidado lo que esta Ley disponía y solo se recuerda lo que dice del Decreto de 27 de Julio de 1.959 que teóricamente no debía ser sino una concreción de aquella Ley pero que en la práctica supone una regulación distinta de la misma materia; en la práctica por tanto nos encontramos con que un 5% se gira sobre el importe de la publicidad deducidos los gastos de programación, violando con ello la propia normativa regulada de la participación que exige que ha de recaer sobre ingresos brutos (art. 3º Decreto 23-XII-1.957). El hecho de que el Decreto 1.330/59 se refiere en su artículo sexto a que la totalidad de los ingresos por este concepto se destinaran a minorar los gastos del Servicio, una vez deducidos los gastos de la gestión y administración y el 30% del importe bruto para funcionarios, parece ser el fundamento de esa determinación de la base, a efectos de la participación, a que acabamos de hacer referencia; nos referimos -

a la deducción de los gastos de programación. Pero debe advertirse que, aparte de su validez, el artículo sexto citando se refiere al destino de los ingresos por publicidad voluntaria no a la base de la participación del Estado en la publicidad que ni siquiera menciona; tal vez porque el Decreto sea consciente de la inaplicabilidad de tal participación a la televisión conforme mas arriba se ha señalado.

Ahora bien si en la práctica, se sigue girando esa participación, lo que no es correcto, al menos cabía esperar - que se hiciese conforme a las normas de la propia participación, esto es sobre cifras brutas sin deducción ninguna.

Queda por último una cuestión y es la de saber el destino de ese 5%. El artículo 21 del Decreto de 23-XII-1.957, había previsto que las cantidades provenientes de la participación se aplicaran a la Sección 3ª, (Monopolio y Servicios explotados del Estado) capítulo 14 artículo único del Decreto por ingresos de publicidad por servicio de Radiodifusión del presupuesto de ingresos; ya vimos como hasta - - 1.966 este era el único concepto relacionado con la publicidad en Radiodifusión, sin embargo a partir de esta fecha -- aparece otro que se refiere a los productos de la publicidad; a nuestro parecer si hasta 1.966 el 5% se recogía en la Sección 3ª, a partir de esa fecha el 5% se recoger en un epígrafe ^{/debía/}

fe similar y el 95% restante en el nuevo epígrafe. El hecho de que en los resúmenes estadísticos del Ministerio de Hacienda no exista ninguna correspondencia entre los aumentos de uno y otro epígrafe no hace sino oscurecer toda esta cuestión. Pero al margen de todo esto lo que se quiere indicar es que de acuerdo con el citado artículo 21 del Decreto de 23-XII-1.957 el importe resultante de ese 5% no se aplicaba en su totalidad a la Sección 3ª, pues precisamente se deducían los gastos de gestión de la propia participación -- que se encomendaba al propio Ministerio de Información y Turismo (art. 6º del mismo Decreto) por delegación del Ministerio de Hacienda; deducción que se hacía de la siguiente forma:

"Hasta 8.000.000	porcentaje a deducir ;.....	10%
Desde 8.000.000 hasta 15.000.000.....		15%
Desde 15.000.000 en adelante.....		20%

A la vista de estos datos y dado las cifras de participación en la de publicidad superan notablemente los 15 millones, resulta que un 20% de lo obtenido aproximadamente -- revierte el propio Ministerio de Información y Turismo, lo que supone que en lugar de un 5% la participación del Estado por este concepto viene a ser un 4% si bien el otro 1% --

queda también en el mismo estado, aunque en el Departamento de Información y Turismo; si además se tiene en cuenta que/ este 4% se gira no sobre el importe bruto sino previa deducción de los gastos de programación se comprende la poca importancia de este porcentaje cuya base se reduce tan considerablemente. Como ya hemos indicado nos parece que la participación es absurda y contraria a derecho pero si se sigue manteniendo debía hacerse de acuerdo con las normas -- aplicables.

c).- El 30% para retribuciones complementarias de los Funcionarios. El último concepto a deducir de las cantidades obtenidas de publicidad es el 30% que debía destinarse a retribuciones de funcionarios según el Decreto 1330/59. Sin embargo debe advertirse que la Ley 31/1.965 de 4 de Mayo reguladora de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado dispuso en su artículo dieciséis que "1) Las tasas y exacciones parafiscales y todos -- los ingresos extrapresupuestarios que perciben los Organismos Estatales Autonomos, sea cual fuere su destino, se ingresaran directamente en el Tesoro y figuraran como ingresos públicos en los presupuestos generales del Estado. 2) - Los ingresos a que hace referencia el párrafo anterior, así como los actuales participaciones de los funcionarios com--

prendidos en el régimen de esta Ley, en los impuestos y en toda clase de tributos presupuestarios o en fondos públicos destinados a inversiones, se destinaran a financiar con carácter general los gastos públicos".

La Orden de 3-X-1.965 en cumplimiento de lo anterior dispuso que las tasas y exacciones parafiscales y demás ingresos extrapresupuestarios a que se refiere el art. 16 de la Ley 31/1.965 citada se destinarían a formalizar en el presupuesto de ingresos Capítulo III, artículo 3, grupo 17, concepto 1 "Tasas y exacciones parafiscales" el importe de las retribuciones que correspondiera satisfacer por el -- cuarto trimestre de 1.965 a los funcionarios afectados por la mencionada Ley 31/1.965....

Si se analiza con detalle la Ley de Retribuciones y/ la Orden transcrita se comprenderá que la desafectación -- que se pretendía conseguir en realidad no lo ha sido del -- todo; el portillo que dejaba abierto la Ley a tal efecto -- es el de que aunque con carácter general tales ingresos se destinaban a financiar los gastos públicos entre estos estaban las retribuciones complementarias de funcionarios. -- Por tanto lo que se ha conseguido es meter estos ingresos/ en el presupuesto pero no desafectarlos en la práctica, da do que como a cada Departamento se le asignaban sus crédi-

tos globales para atender las remuneraciones complementarias que distribuían las Juntas de Retribuciones y Tasas - resulta que la situación de desigualdad interdepartamental seguía siendo la misma (14). A nivel legislativo el articulado de las Leyes de Presupuestos contienen normas al respecto, y así en los correspondientes a 1.974 el artículo 6 considera ampliables "3º c) los créditos cuya cuantía se module por la recaudación obtenida en tasas o exacciones parafiscales que doten conceptos integrados en los Presupuestos generales del Estado, a fin de satisfacer las obligaciones que hasta 1.970 figuraban en los de las Juntas de Retribuciones y Tasas en los casos en que expresamente se determine su condición de ampliable"; el precepto se refiere a créditos de los distintos Departamentos y de la Sección 31 (Gastos de diversos Ministerios); el mismo artículo 6 in fine aclara que "la dotación de los créditos a que se refiere el apartado c) del número 3 y el número 5 es estimativo y su disponibilidad queda supeditada a la cifra de ingresos que se obtengan por cada una de las tasas o --

(14) Vid. el interesante estudio del Profesor Nieto. La retribución de los funcionarios pág. 396.

exacciones parafiscales que los modulan. Los distintos créditos comprendidos en este artículo, que se dotan en función de determinadas recaudaciones podrán ampliarse en la suma de los ingresos obtenidos en el año 1.973 que excedan/de la dotación asignada al correspondiente concepto presupuestario en el citado ejercicio".

Como se deduce de los preceptos examinados los productos de tasas y exacciones parafiscales no quedan totalmente desafectadas de sus aplicaciones tradicionales; pero aparte de esta afectación formal, aun en el caso de que esta no se diera, nada impide que en la práctica los funcionarios de cada Ministerio luchen por defender los ingresos específicos de su Ministerio como cosa propia.

Ahora bien podía pensarse que esto nada tiene que ver con este 30% para retribuciones de funcionarios del Ministerio de Información y Turismo ya que los ingresos por publicidad no son tasas ni exacciones parafiscales (175); sin em--

(175) Vid. Sentencia 28 Marzo 1.949 citada por Villar Palasí en la Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo R.A.P. nº 3, pág. 91, negando carácter de tasa de los ingresos de empresas propia lucrativas.

bargo se recordará que el Decreto 1330/59 que regulaba la -
tasa de publicidad radiada obligatoria se refería, al regu-
lar su destino, a los productos de la publicidad voluntaria
e incluso aplicaba a esta normas propias de las tasas en -
cuanto a gestión y recaudación; de ahí que al amparo de esa
confusión se siga manteniendo ese concepto del 30% para re-
tribuciones de funcionarios del Ministerio de Información -
y Turismo.

A la vista de lo expuesto tal vez pueda entenderse --
ahora la diferencia existente para el año 1.971 entre las -
cifras de los resúmenes estadísticos del Ministerio de Ha--
cienda y los datos del folleto de Radio Nacional de España.
El Ministerio de Hacienda en el epígrafe "Tasa y Productos/
de la Publicidad radiada y televisada" no incluye el impor-
te bruto de la publicidad, sino que de este deduce - - - --
1.372.532.336 millones en concepto de "deducciones y rever-
sión a los Presupuestos Generales del Estado por tasas, par-
ticipación en la publicidad, etc." Esta cantidad representa
aproximadamente el 31% de los 4.406.823.777 que consigna el
aludido folleto como ingresos de radio y televisión.

Ese 31% lo integran el 4% de la participación del Es-
tado y el 27% restante ($31\% - 4\% = 27\%$) no se sabe que re--
presenta aunque tal vez ahí este incluida la cantidad para/

funcionarios.

Como se ve las cifras no coinciden con las normas reguladoras de estas deducciones lo que hace pensar si es que en la práctica las cosas transcurren al margen de lo previsto en las normas examinadas a lo largo de este capítulo lo que hace imposible que el estudio de estas materias llegue a saber exactamente como se distribuyen los ingresos de publicidad.

D) Conclusión.

Después de éste largo periplo por la normativa reguladora o relativa a la publicidad se experimenta una cierta insatisfacción. La normativa jurídica es confusa y contradictoria y la realidad aprovecha esta circunstancia para discurrir por cauces desconocidos para el público; con esta afirmación no quiere ni mucho menos dejarse en el aire sospechas inconcretas pues hay que señalar que la totalidad de las cantidades que se ingresan por publicidad han de ir a una cuenta restringida del Banco de España, con lo cual el control de la totalidad de lo ingresado es perfectamente posible por los órganos oficiales. Lo que quiere señalarse es que de puertas afuera todo parece confuso: el importe, el destino, la participación del Estado, la participación del Ministerio

tado de Radio Nacional de España sigue hablando de la participación del Estado en los ingresos de publicidad de Radio/ Nacional de España y de Televisión Española, de lo que se - sigue que la participación del Estado en la publicidad se - sigue teniendo en cuenta.

Es el 30% de funcionarios del Decreto 1330/59 el que/ no sabemos si se sigue deduciendo y aunque en la práctica - parece que sí debe hacerse con otros criterios o sobre nuevas bases sin que ello haya encontrado reflejo normativo aunque pueda pensarse que se hace de conformidad con lo que mas arriba se ha expuesto.

Como se ve, por tanto, tiene sentido estudiar estas - tres deducciones y su normativa reguladora, que a nuestro - juicio es clara, aunque plantea problemas de validez y vi-- gencia (respecto de la participación del Estado y del 30% - de funcionarios); la confusión empieza cuando se trata de -- comprobar en la practica y con los presupuestos en la mano/ la forma y modo en que se hacen esas deducciones. .

A nuestro juicio toda esta confusión, que hace también confusa su explicación, exige una renovación y puesta al día de su normativa reguladora. Para empezar hay que dejar de -

hablar de participación del Estado en los ingresos de publi-
cidad de Televisión Española; tal participación es un absur-
do lógico y jurídico que hoy día carece de sentido, sobre -
todo, una vez analizada con detenimiento la naturaleza jurí-
dica de la participación a que se refiere el Decreto de 3 -
de Diciembre de 1.932 y 23 de Diciembre de 1.957. El Estado
no puede participar en los ingresos del propio Estado; por-
tanto ni existe ni puede hablarse de participación del Esta-
do del 5% de los ingresos de publicidad de RTVE ni tampoco/
de deducción de gastos del Ministerio de Información y Turis-
mo por la gestión de ese 5%.

En segundo lugar tampoco es procedente deducir canti-
dad alguna por los gastos de la propia publicidad; si éste/
se destina de acuerdo con la Ley de 1.934 a cubrir los gas-
tos del servicio entre estos hay que cubrir los de la pro-
pia publicidad. Es decir que al presupuesto de ingresos ha/
de llevarse la totalidad de lo recaudado que al destinarse/
a cubrir los gastos de la televisión cubrira entre otros --
los de la propia publicidad.

Es decir que si TVE obtiene 100 millones de publici-
dad de los cuales 25 se van en gastos de la propia publici-
dad no debe decirse que se han obtenido 75 sino 100, otra/
cosa es que después de esos 100 una parte se destine a cu--

brir los gastos de la propia publicidad, pero a efectos de claridad todo es más ~~claro~~^{/y/} conforme con el artículo 41 - de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda/ Pública.

En tercer lugar de acuerdo con la Ley de 1.934 los - ingresos de publicidad deben destinarse a cubrir los gas-- tos del propio servicio pero nunca los demás gastos de la/ Dirección General de Radiodifusión y Televisión; solo y ex clusivamente los gastos propio del servicio (174). En cuarto y último lugar y esto tal vez sea lo mas difícil en la prac tica, no puede admitirse el destino de un 30% para retribu- ciones complementarias de los funcionarios del Ministerio; y ello no desde luego, porque no puedan ser acreedores a - ellas, sino por la fundamental razón de que ese destino ni está previsto en la Ley de 1.934 ni en las Leyes de Presu- puestos.

(174) Salvo naturalmente que se modifique esa Ley.

. = CAPITULO SEXTO . =

MEDIOS PERSONALES

La Televisión funciona materialmente a base de personas que con su esfuerzo diario la hacen posible. Estas personas desempeñan distintos tipos de trabajo y se encuentran en diferentes situaciones jurídicas. La distinción referente a los tipos de trabajo, directivo, administrativo, técnico, periodístico y personal de oficinas, no es sino una manifestación del principio de la división de trabajo y sólo nos referimos a algunos de ellos. Se centrará nuestro interés, sin embargo, en las diferentes situaciones jurídicas en que pueden encontrarse quienes prestan sus servicios en TVE: relación funcionarial, laboral, colaboradores, etc. Ciertamente existe algún paralelismo entre los tipos de trabajo manual, por ejemplo, y su situación laboral, pero en los niveles administrativos y técnicos ese paralelismo se rompe y encontramos personas en distintas situaciones jurídicas, desempeñando similares actividades. Por lo que se refiere a los Periodistas, su régimen jurídico merece una atención especial, por las particularidades de su trabajo.

A efectos puramente informativos, puede verse a continuación, en números aproximados, la evolución del personal fijo de Televisión (con exclusión de colaboradores, eventuales, etc.)

1964	500	empleados
1969	2.000	"
1974	2.500	"

(177)

(177) Datos facilitados por Televisión.

Lo primero que puede observarse es el gran número de personal laboral ocupando no sólo los puestos que podríamos llamar manuales, sino también aquellos que son decisivos en la tarea de programación y realización de los programas ¿tiene ello algún significado?. Sin duda lo tiene y el más evidente es dejar la actividad de T.V.E. en manos de personas que no tengan una especie de derecho vitalicio al puesto; el problema hubiese sido mucho más grave de haber existido un Organismo Autónomo encargado de la televisión, pues en tal caso los funcionarios de dicho Organismo perdurarían mientras viviesen y tal vez fuese una de las razones fundamentales para no crear el referido Organismo Autónomo.

Como puede advertirse, la problemática del personal de Televisión es un reflejo de su problemática general. No se trata aquí de entrar en detalles concretos de la Reglamentación de Trabajo del personal, lo que desborda las pretensiones de este estudio, sino de analizar en su raíz los datos esenciales de los problemas de personal tratando de captar su sentido profundo.

El Estado ha asumido el servicio de Televisión por considerar que, dada la limitación de ondas y los peligros que pudiera entrañar tal actividad al orden público, él se encuentra en las mejores condiciones para garantizar la mejor prestación del servicio, pero por otra parte la ejecución diaria del mismo ha de encomendarse a personas con práctica y permanencia, ya que no puede dejarse a la improvisación o a personas que estén constantemente cambiando; así, la estabilidad de las personas que "hacen" la Televisión, es algo necesario, como ocurre en cualquier otra actividad, si se pretende que alcance un cierto nivel; sin embargo, esa estabilidad hace que de alguna forma el puesto se personalice y su titular adquiera unos hábitos que considera plenamente lícitos, como consecuencia de una cierta conciencia de propiedad (178)

(178) García de Enterría. "La Administración Española". Alianza Editorial, pág. 124.

Ello es inevitable, de la misma forma que cada Redacción de un periódico le da a éste un cierto estilo; pero ello puede ser contradictorio con el monopolio estatal que, ante una posible variación de criterios de toda índole de los órganos directivos, puede tropezar con equipos con sus hábitos y preferencias que suponen un obstáculo en el desenvolvimiento de la actividad; por otra parte, la actividad televisiva no queda en lo meramente informativo, sino que comprende también aspectos culturales y artísticos, cuya selección obedece a criterios muy personales de los que, desde luego, no están desvinculadas las concepciones políticas y globales de cada persona.

Aparece con ello un hecho evidente y que sin embargo es el nudo gordiano de toda la cuestión: cuando en un regimen de monopolio se propugna una descentralización o autonomía respecto del ejecutivo, se corre el peligro de caer en una especie de dictadura -- del ente autónomo, si se trata de una auténtica autonomía, y si no lo es tal, entonces pierde la Televisión toda su independencia; desde luego, todos los modelos europeos occidentales reflejan esta tensión, que ninguno ha resuelto de una vez por todas, aunque en algunos casos existan las estructuras en el seno de las cuales pueden ventilarse estas cuestiones y tensiones. Ello es lo que obliga a plantearse, desde las posibilidades que hoy día ofrece la técnica en esta materia, si el monopolio en realidad ha pasado a ser la peor de las soluciones posibles a los problemas que ofrece la Televisión como servicio público.

Volviendo a nuestro punto de partida, señalábamos cómo la mayoría de personal laboral en TVE puede responder a un deseo de reforzar la centralización del medio de comunicación evitando no sólo su personificación, sino incluso la estabilidad de las personas que le sirven; junto a este problema, habrá de analizarse también el propio y peculiar, de gran trascendencia práctica y jurídica, de los Periodistas de actualidad e informativos, para acabar con una referencia a la situación -----

0358

funcionarial de las personas que se encuentran en la misma.

2.- Personal Laboral.

Radiotelevisión Española, tiene una numerosísima plantilla de personal laboral en sus distintas modalidades, cuyas relaciones se regulan aparte de por sus respectivos contratos, por la Ordenanza Laboral de 14-6-72, que ha sustituido a la vieja reglamentación de 30-5-59. El examen general de la Ordenanza, pone de manifiesto en algunos puntos la especialidad del medio en que se desarrolla el trabajo de este personal: de una parte por las personas excluidas del ámbito de la Ordenanza, y de otra -- por los requisitos que algunos casos exigen; igualmente por las especiales formas de selección del personal y especial situación del periodista, que en otro lugar se analizará. (179)

A) Ordenanza Laboral. Aspectos generales y exclusiones.

La ordenanza laboral de TVE recoge, en su art. 2º, las personas que quedan excluidas de su ámbito de aplicación y allí, junto a las exclusiones tradicionales como personal de alta Dirección, aparecen dos exclusiones que son en cierto modo singulares: la primera es la de "los componentes de cuadros artísticos, músicos, cantantes componentes de orquestas y agrupaciones musicales"; la segunda, la de las "personas contratadas para la producción o realización de programas específicos y determinados". Tales exclusiones llaman la atención, por tratarse de supuestos en que la exclusión se fundamenta no en la modalidad jurídica o tipo de trabajo, sino en el contenido de la actividad que desempeñan; claro que naturalmente un músico o un cuadro artístico pueden ser contratados para su actuación en TV en función de sus cualidades personales o de su interés; en ese caso -

[179] Vid. Eduardo Gorostiaga: "Nueva Ordenanza laboral en TVE" "Il diritto nº 3 1971. También en "La profesión radiofónica en España" Il diritto nº 3-1969. Igualmente en número extraordinario de Cuadernos para el Diálogo, dedicado a Televisión: "Los periodistas de T.V.E." Angel Vera y "Los trabajadores -- ocultos", entre otros.

nadie podría pensar que se trataba de un contrato laboral en las condiciones de dependencia típicas propias de estos contratos. Pero un músico puede ser contratado también para que, bajo la dependencia de otro o a las órdenes de otra persona, acompañe o ponga música de fondo a un determinado programa; en un caso, la relación que pueda originarse, sería una relación regulada por el derecho civil, en tanto que en el otro sería una relación de derecho laboral; por tanto, excluir a los músicos de la Reglamentación laboral, carece de sentido; no son las actividades las que han de encuadrarse jurídicamente, sino la forma en la que dichas actividades se prestan.

Podría pensarse que los músicos, componentes de orquestas y agrupaciones musicales, habitualmente concluyen con TV o con las empresas radiofónicas privadas, contratos de carácter civil, pero ello no excluye el hecho de que pueda contratarse con una agrupación musical o con orquestas, configurando relaciones más propias del Derecho laboral que del Derecho Civil. La Ordenanza, al excluir sin más por el tipo de actividades todos estos supuestos, parece dar a entender que los mismos en ningún caso podrán caer bajo el ámbito de la laboral; claro que el hecho de que la Ordenanza no se aplique a estos casos, no quiere decir que su relación no sea laboral, pero ya decimos que del contexto del art. 2º que sitúa estos casos junto con la exclusión de altos cargos, parece desprenderse que se trata de exclusiones no sólo de la Ordenanza, sino también del propio derecho laboral. A ese respecto, debe señalarse que en realidad la Ordenanza de 14 de julio de 1972, y la que aprobó la Reglamentación de 30 de mayo de 1959, no pueden reducir el campo de aplicación del artículo primero de la Ley de Contrato de Trabajo. Si los cuadros artísticos, por ejemplo, actúan bajo la dependencia de RTVE, cumpliendo las misiones que les encomiendan y en el lugar o

tiempo que se les marca, se trataría de una relación laboral y ninguna Ordenanza podrá dejar inaplicado el artículo 1° de la Ley de Contrato de Trabajo; igual ocurre con el personal contratado para la producción o realización de programas específicos y determinados; el carácter temporal de su relación no puede afectar a su naturaleza, que será a todas luces laboral cuando se dé esa situación de dependencia del art. 1° de la ley; lo cierto es, como ya hemos apuntado, que la Ordenanza no les excluye del Derecho Laboral sino de su propio ámbito de aplicación, pero como en la práctica este personal no goza de seguros sociales ni de derechos laborales, parece que se consideran excluidos de la relación laboral. (180)

Por otra parte, el hecho de que, por tratarse de la Administración Pública, pueda existir la figura del personal contratado prevista en la ley de funcionarios del Estado, hace ambigua la situación de los que prestan servicios para la producción o realización de programas específicos o determinados, pues pueden considerarse excluidos del ámbito de la Ordenanza, de acuerdo con su art. 2° letra D, o incluidos en su art. 5° letra D. Por su parte, si quedan excluidos de la Ordenanza, no se define si son personal sometido a un régimen jurídico-administrativo, o a un régimen laboral. Todo queda reducido a un puro nominalismo en el que las relaciones jurídicas no tienen relevancia, por lo que realmente son o significan, sino por el nombre que las partes o la "parte" más fuerte les da, con olvido del carácter tuitivo y ordenador del derecho laboral que no puede quedar a disposición de las partes. Así, no se ve por qué el que ha sido contratado para la producción de un programa determinado, ha de estar excluido de la Ordenanza, si su trabajo lo presta bajo la dependencia y dirección de otro. La finalidad de orden práctico, es que parece quería evitarse que tales personas excluidas pudiesen en su día alegar que su reiterada contratación por Televisión, aunque fuese por un tiempo determinado, les colocaba en situa-

(180) El Tribunal Supremo - Sala Sexta - en su Sentencia de 10 enero 1968, declaró el carácter laboral de la relación entre TVE y un director de cine despedido de la misma.

ción de personal fijo; lo que se quería conseguir, parece, es una mayor libertad para RTVE en estos supuestos, sin -- obligarla a incluir como personal fijo a aquellos con los que frecuentemente contrata pero a los que no necesita con carácter permanente. Sin embargo, tal efecto hubiera podido conseguirse sin negar el carácter laboral de la relación como se ha hecho, permitiendo que determinadas actividades se desempeñen con carácter temporal, aunque este carácter temporal se repitiese reiteradamente; las exigencias del servicio público de TV, la satisfacción del interés público, hubieran podido justificar la excepcionalidad de que RTVE pudiera reiterar tal tipo de contrato sin que se estableciese una relación indefinida; lo que a nuestro juicio no es aceptable es que determinadas relaciones se excluyan del ámbito de la Reglamentación para dejarlas caer, sin duda alguna, en el ámbito de la contratación administrativa, ello, con las inevitables consecuencias respecto a ausencias de seguros sociales de todo este personal. Es lógico, ciertamente, que los actores que pueda contratar TV no tengan por fuerza que seguir perteneciendo a dicha Entidad por considerárseles trabajadores fijos de plantilla, dado que además la singularidad de la prestación de los mismos se hace difícilmente compatible con una vinculación indefinida; pero puede darse el caso de que la relación entre RTVE y un actor se configure por sus condiciones particulares como una relación laboral; lo que debe entonces hacerse es incluir todos estos supuestos en los casos de personal eventual o temporal a que se refiere la Ordenanza pero sin excluirlos de la relación laboral. -- Porque puede darse el caso de que una relación laboral, por su contenido y por las condiciones reales y concretas que en determinado contrato concurren, se vean excluidas del Derecho Laboral, como presumiblemente hace la Ordenanza, en función no de los contenidos concretos de tal contrato que determinan la naturaleza jurídica de la relación, sino en función de la persona que contrata o del objeto de la prestación.

B) El segundo aspecto singular de la Ordenanza lo constituye la remisión a normas administrativas que regulan la profesionalidad de determinadas categorías de personal contenida en el artículo 6° n° 2 de la referida Ordenanza, que establece la necesidad de inscripción en el Registro Oficial de técnicos de Radiodifusión en aquellas categorías en que la normativa profesional así lo establezca. Es curioso que el requisito de la previa inscripción en el Registro haya sido establecido en virtud de la Orden Ministerial de 14-12-1965, que atribuía al referido Registro la misión de -- "autenticar en forma pública y oficial, la capacidad legal para el ejercicio de las diversas profesiones de quienes, ya inscritos, pretendan ejercer las actividades de la Radio y Televisión". En realidad, en la fecha de la -- Orden de 14-12-1965, la única capacidad legal exigida era la derivada del Ordenamiento general laboral, en cuanto a edad sobre todo; por eso la misión de autenticar la capacidad legal parece caer en el vacío; en el mismo --- sentido el artículo 9° de la Orden citada cuando dice que la inscripción "autentifica pública y oficialmente la --- capacidad legal para el ejercicio de la profesión"; todo lo cual parece dar a entender que la capacidad legal es un prius del Registro que se crea, pero como ninguna norma exige una capacidad especial para trabajar en Radio y Televisión, puede parecer paradójico que lo exija una -- simple Orden Ministerial. Esta no dejó de plantear problemas de Derecho transitorio que no vamos a analizar -- aquí, pero sí señalar que esa capacidad legal se ob--- tiene cursando estudios con la Escuela Oficial de Televisión, creada casi dos años después por Decreto de 16 de noviembre de 1967 y en la actualidad integrada en la Facultad de Ciencias de la Información en virtud de la Disposición transitoria 1a. del Decreto de 13 de agosto de 1971. Lo relevante de este planteamiento es el establecimiento, en virtud de Orden Ministerial, del requisito de previa inscripción, para lo cual debían de seguirse unos cursos, en la Escuela Oficial de Radio y Televisión creada por -- Decreto; el hecho no tendría importancia si se tratase de

exigirlo sólo para el acceso a Televisión, pues siendo ésta una Empresa propia del Estado podía exigir lo que quisiera; lo que ocurre es que la inscripción se exige también en la Radiodifusión Privada, según se desprende del artículo 10 n° 2 de la Ordenanza Laboral para la Entidades de Radiodifusión de 31 de enero de 1972. ¿Cómo a una Empresa privada se le puede imponer los requisitos que debe tener su personal? ¿Cómo se puede profesionalizar por Orden Ministerial una actividad hasta entonces casi absolutamente libre?. La respuesta únicamente puede encontrarse en la concepción de la actividad radiofónica como propia del Estado, pero concedida a particulares que^{se} verían así constreñidos a aceptar las órdenes del dueño de la actividad; al margen de esta explicación, que tampoco es totalmente satisfactoria, no hay respuesta posible a las interrogantes planteadas.

De otro lado el requisito de la previa inscripción que menciona la Ordenanza en su artículo sexto n°2 no deja de plantear numerosos problemas que no encuentran fácil solución. Así la Orden Ministerial de 14 de diciembre de 1965 establece que el título profesional que se adquiriera por la Inscripción será el técnico de Radiodifusión con varias especialidades. Al margen de si el título se adquiere por la inscripción o por aprobar los cursos correspondientes de la Escuela, lo cierto es que no están definidas las categorías que precisan de ese título y sólo -- por aproximación, comprobando las asignaturas que se enseñan en la Escuela, puede deducirse qué categorías necesitan o no título (18/).

C) Regimen de Selección de Personal.

La Ordenanza ha querido establecer un regimen de selección de personal que objetive, de alguna manera^{1a}, forma de hacerla. Responde sin duda tal preocupación a la idea de

(18/) Gorostiaga: Problemática Jurídica del Servicio de Televisión. También en "Nueva Ordenanza...." citada.

que siendo la Televisión un Servicio público, su conceptua
ción como Empresa no le libra de algunos principios inspi-
radores del actuar administrativo, como el de la igualdad
de los administrados ante la Administración y ante las po-
sibilidades y puestos de trabajo que ofrece; igualmente
el principio de interés público a que debe servir toda ac-
tuación administrativa encuentra su reflejo en la forma
de seleccionar el personal en función de criterios objeti-
vos, de buscar al mejor preparado, en lugar de hacerlo --
en función de otros criterios extraños a la finalidad del
interés a que debe servir el servicio público. Nos encon-
tramos así con cuatro formas de cubrir las vacantes o las
plazas de nueva creación para personal fijo:

- a) Traslado voluntario entre personal fijo de la misma categoría
- b) Pruebas de ascenso entre personal fijo a través de cursillos de capacitación
- c) Concurso-oposición
- d) Oposición (art. 14 de la Ordenanza Laboral)

Corresponde a la Dirección de TV decidir cuál de los pro
cedimientos antes transcritos se utilizará para cubrir la
plaza de nueva creación o la vacante definitiva previo -
informe de los representantes sindicales.

Prevé también la Ordenanza, en su art. 15, el personal in
terino que se seleccionará mediante un examen teórico -
práctico acorde con las exigencias del puesto que cubrirá
temporalmente, así como que los eventuales se podrán con-
tratar directamente por TV; en ambos supuestos, como se -
ve, la discrecionalidad por TV es muy superior que para
cubrir plaza propia de personal fijo; sin embargo, lo cier
to es que a través de la selección de personal interino -
puede llegar a cubrir con carácter definitivo cualquier -
plaza de TVE, convocando después el oportuno concurso.

Para el personal interino el criterio es más amplio, ---
pues basta con un examen teórico-práctico.

El Reglamento de Regimen interior es el que establecerá
el baremo de calificación de méritos y la composición del
Tribunal que haya de juzgar las pruebas de ingresos o -
ascensos.

3.- Periodistas.

La imposición al Periodista de un Código deontológico y
su sumisión a una empresa en virtud de una relación labo-
ral, encierra en si misma una contradicción en gran parte
insoluble. La relación laboral implica una situación de
dependencia respecto de la empresa; naturalmente que esta
dependencia no exige al trabajador el cumplimiento de man-
datos constitutivos de delitos; pero en el caso de los -
periodistas no hace falta llegar a esos extremos; basta
que la empresa prohíba al periodista hablar de un tema --
que él juzga importante, o basta que le encargue de tra--
tar de temas fijos y predeterminados para que la libertad
del periodista quede constreñida a ser exacto en los temas
que se le encarguen, pero la exactitud no basta ;a veces, pa-
ra la mejor comprensión de un tema ,es preciso examinar --
otro distinto y contrario; por ejemplo, si una empresa -
pro-judía encargase sistemáticamente a un periodista hacer
reportajes que de alguna manera implicasen una toma de po-
sición a favor de la causa jjudía, el periodista podría
ser exacto y sin embargo no imparcial en sus reportajes;
así si se le encarga hacer reportajes sobre los daños cau-
sados por los árabes en la población civil israelita, la
ayuda soviética a los árabes o el tratamiento de los pri-
sioneros de guerra, nuestro periodista puede encontrarse
con que el cumplimiento de las órdenes de su empresa, aún
siendo exacto en sus reportajes, le coloca en una situa--
ción de parcialidad.

El caso está puesto a título de ejemplo, y naturalmente podría plantearse al revés; pero hay otros muchos; lo - que queremos indicar es que en muchos casos la selección del tema sobre el que se va a informar implica ya una toma de postura que puede afectar a la verdad e imparcialidad de la información; En otros casos ocurrirá lo mismo con la prohibición de tratar un tema determinado que un periodista juzgue importante dar cuenta de él: prohibición de informar de los pasos dados por los obreros antes de entrar en una situación de huelga. Tales ejemplos ponen de manifiesto la intrínseca contradicción que existe en la condición de periodista a quien por otra parte se le exige y encomienda la misión de "informar, formar y servir a la opinión nacional" y el "servicio a la verdad, el respeto a la justicia y a la rectitud de intención" y por otra parte se encuentra en una situación de dependencia con respecto a su Empresa (182).

La Ley de Prensa e Imprenta trata de resolver el problema situando al periodista no a las órdenes de la Empresa sino a las órdenes de otro periodista, el Director, que es representante de aquella y que de conformidad con el artículo 27 parrafo a) del Estatuto de la profesión periodista "ejercerá la jefatura de todo el personal de re

(182) Vid. Sobre la independencia del periodista de Televisión el artículo de Georges Verpraet "Journaliste à la Télévision" en Droit Social; Diciembre 1.970.

dación cuyo trabajo distribuirá y ordenará con plena autoridad y autonomía" y "tendrá derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico".

La pregunta sobre quién domina la información, si la Empresa o el periodista, se responde, en su aspecto formal, negativamente; ni la Empresa, ni los periodistas: sino el Director: los periodistas son simples ejecutores dotados de alguna autonomía en la forma de redactar y están así sometidos a la dirección que a su libre arbitrio les dara mayor o menor libertad. La información "formalmente" pertenece al Director que debe ser periodista, si bien este depende de la Empresa en cuanto que esta puede revocar su nombramiento en cualquier momento siempre que le abone una indemnización; naturalmente que, con - ello, el Director no es independiente, pero en realidad - ello es una consecuencia inevitable de la necesidad de fuertes capitales en el montaje de estas Empresas periodísticas. La cuestión de si la información es un derecho del capital o es un deber del periodista encuentra una solución aparente en la exigencia de un Director periodista. Pero habría de dar un paso más en el sentido de otorgar a los periodistas ciertos derechos en orden a la publicación de sus reportajes en determinadas circunstancias, o en orden a negarse a publicarlos cuando entienden que pueden dar una visión parcial o deformada - de la realidad. Al menos, habría que crear una instancia

por encima del Director, instancia puramente profesional, que pudiera atender las posibles reclamaciones que en este sentido se hiciesen por los periodistas.

En realidad el problema es muy difícil y no tiene su solución, como tantas veces ocurre, en el seno de la propia actividad periodística; pues ésta, no solo exige para su materialización una determinada labor intelectual, sino una organización empresarial a su servicio de gran importancia económica cuyos derechos no pueden ser olvidados; el contexto político económico social es determinante en la solución del problema. La situación del periodista al margen de sus específicas regulaciones, no es la misma en - Francia, Italia, Inglaterra, España, o EEUU, en gran parte debido a sus específicos contextos.

La cuestión resulta así complicada pero no puede dejarse a la libre iniciativa particular su solución pues, en tal caso, primaría por encima de todo el derecho absoluto de los titulares del capital de la Empresa quienes podrían someter a los periodistas a las condiciones que tuviesen por convenientes; de ahí que se haga necesario definir, previamente, los derechos y obligaciones indisponibles - de los periodistas; en definitiva definir su situación - estatutaria. El periodista no define libremente su situación sino que de antemano se configuran las condiciones en que ha de prestar sus servicios, como garantía de su

libertad e independencia, ya que su actividad profesional se configura (13) como "misión pública", expresión que no hace referencia a la "publicidad" de su actividad en el sentido de que todo el mundo puede saber de ella, sino naturalmente, al interés público y general a que la misma sirve: se trata de una "misión pública" que no altera el carácter privado de las relaciones entre Empresa y periodista pero que explica que el ámbito privado quede limitado por algunos principios estatutariamente determinados. La "misión pública" de los periodistas no altera así la relación entre éstos y las empresas, pero configura un estatus especial.

Pues bien, en materia de televisión, en España, el problema se presenta con caracteres más agudos que en la Prensa por la situación de monopolio del medio que, de alguna forma, puede suponer un aumento de dependencia de los periodistas. En realidad el estatuto aprobado por Decreto de 13 de Mayo de 1.967 no es, en lo que a los simples redactores se refiere, tal estatuto o, al menos, solo lo es parcialmente; queremos decir con ello que la regulación del periodismo debe ser algo más que exigir determinados requisitos de titulación y registro a los periodistas o imponer determinadas normas deontológicas; un verdadero estatuto no puede imponer cargas a los periodistas.

(13) Ver estatuto y ley.

distas sin, correlativamente, otorgarles determinados derechos; derecho a negarse a informar sobre determinados hechos que estime que pueden suponer una visión - parcial de un determinado tema o derecho a informar de todos los aspectos de un tema que previamente les haya sido encomendado. Tales derechos, que pueden chocar con la negativa del Director o de la Empresa, no pueden colocar al redactor, sin más, en una situación de desobediencia pura y simple, que motive un despido como el - que pueda sufrir cualquier otro trabajador. Debería establecerse una instancia que resolviese estos conflictos y que asegurase al periodista una cierta independencia y dignidad en su profesión, porque exigirle un título para después dejarlo como un dependiente más del Empresario no tiene mucho sentido.

Esto es en realidad lo que ocurre con el denominado estatuto de la profesión periodística que viene a ser el Estatuto de los Directores de publicaciones periódicas.

Sin embargo, si grave es esta ausencia de regulación estatutaria de la profesión de Periodistas en su conjunto, más grave es la situación de los periodistas en Televisión Española, en teoría, donde el Empresario en definitiva es el Estado y donde entre este y los periodistas no existe un Director con una situación estatutariamente definida. Ciertamente el propio estatuto de la Profe

sión periodística se refiere también en numerosos artículos a la Televisión, pero no resuelve claramente el problema. Así el artículo 12 del referido estatuto expresamente dispone que "la jefatura de los Servicios informativos de las emisoras de radio y televisión, o de los noticiarios cinematográficos habrá de ser ejercida por un Periodista Profesional". Esta reserva del puesto de trabajo no deja de ser puramente nominal si tal jefatura no goza a su vez de cierta independencia profesional e informativa.

Naturalmente que podría pensarse que la Jefatura de los Servicios Informativos de Televisión Española implica una situación análoga a la de los Directores de publicaciones periódicas, pero ciertamente la exigencia de un Director contenida en el artículo 21 del Estatuto de la profesión periodística se extiende solo a las "publicaciones periódicas o Agencias informativas" y Televisión Española no es ni una cosa ni otra; por tanto si las normas del Estatuto sobre Directores no son aplicables a la Jefatura de los Servicios informativos de Televisión Española es evidente que la persona que ostente el referido cargo no tiene ninguna garantía de independencia frente al Director de Televisión o Director General de Radiodifusión y Televisión. Por otra parte ¿qué función tiene tal Jefatura si su autonomía ha desaparecido??

la precariedad de su situación frente a la Dirección y Director General de Televisión le reduce a simple coordinador.

A nuestro juicio, en el presente estado de cosas, a la Jefatura de los servicios informativos no le es de aplicación lo dispuesto para los directores de publicaciones periódicas en el Estatuto; desde luego ese puesto habrá de ser desempeñado por un periodista profesional pero ese periodista no regula sus relaciones con TVE en las mismas condiciones en que ha de regularse la relación de los Directores con las empresas periodísticas en las que trabajen: se trata así de un cargo removible libremente y por tanto carente de independencia.

Ello no debe extrañar, por otra parte, si se tiene en cuenta que la tensión entre los intereses de los empresarios, los de los periodistas y los del público no se dan en Televisión en la misma forma que en materia de prensa; en efecto, la información en radiofonía y Televisión ha sido asumida por Decreto por el Estado por lo que el problema cambia radicalmente de sentido; de ahí que la posición del periodista no sea la misma en la esfera de la prensa y en la de la Televisión. Con ello no olvidamos el problema de la validez de la atribución al Estado de funciones informativas en exclusiva

por simple Decreto; aquí, como en otros sitios hemos hecho, debe distinguirse la titularidad del medio, - también discutible y discutida, y el señorío de los mensajes; éste, en materia informativa se configura - como exclusivo de la Administración, de tal forma que no cabría cederlo a terceros; y así, las emisoras radiofónicas conectan con Radio Nacional de España en materia informativa, lo que no tendría importancia, - incluso es conveniente, siempre que tuvieran además, sus propios servicios informativos. En esta situación es evidente que los periodistas como profesión poco pa pel han de jugar por su dependencia del titular del de recho de informar. Aquí se plantea el problema de quién es en realidad este titular ¿el Director General de Ra diodifusión y Televisión, el Director de Televisión, el Subdirector de Radio y Televisión? preguntas a las que más abajo se hará nueva referencia. Baste aquí ~~con~~ ~~te~~ ~~==~~ apuntar el tema de la ausencia de un auténtico estatuto de la profesión periodística en la Televisión y la imposibilidad práctica de garantizar una información objetiva e imparcial, dado que es la propia Administra ci ón la que informa, muchas veces sobre sí misma: los efectos a la vista están en el tono frecuentemente apo lo gético de nuestras informaciones nacionales y nues tro s éxitos internacionales. El tema de la independen cia de los periodistas es fundamental y en el área -

Occidental empieza a meditar sobre ello (184). La "Oste^{re}reichischer Rundfunk" aprobó el 24 de Abril de L.973 un estatuto de los periodistas de la emisora en el que se les reconocía el derecho "de no ser obligado a presentar como suya una opinión contraria a su convicción, o a declarar exacto un dato contradictorio con lo que se sabe personalmente o a suprimir opiniones o hechos indispensables para una información completa y verídica - (artículo II) y en otro lugar se afirma que "no puede ser obligado (el periodista) a asumir la responsabilidad de lo que sea contrario a la libertad profesional del periodista. Una negativa justificada no deberá implicar el menor perjuicio para él". (ast. 5º) (185).

Como se ve el problema se presta a graves meditaciones tanto más cuanto que precisamente debe ser la televisión del Estado la que más pretenda la objetividad en la información. No se trata por otra parte de caer en la Dictadura de los Periodistas pues siempre cabrá un control por el propio Ente, ni de hacer ingobernables los servicios informativos, sino de cooperar con los

(184) El Código de Trabajo Frances en su artículo 29 protege al periodista de los cambios de orientación que crean una situación que pueda perjudicar su honor, su reputación o sus intereses morales; es la llamada clausula de conciencia. Vid. "Les Societes des redacteurs". La documentation française y le "Regime juridique de la Presse de F. Terrou. Documentation Française.

(185) Paul Twaroch. "Le Statut des journalistes de l'Oste^{re}reichischer Rundfunk". Revue de L'VER. Vol XXIV nº 5. Edition Geneve.

profesionales de la información para hacer esta y no tenerlos como simples escribientes y ejecutores materiales de las concepciones informativas de los órganos políticos; el tema está cargado de resonancias políticas que no vamos a tratar aquí ya que el problema en su planteamiento jurídico queda suficientemente delimitado.

Un extremo falta por tratar y es el relativo a quién es el titular de la función informativa dentro de la Dirección General; desde el Decreto de 3-X-1-957 se distinguía entre "la realización con carácter exclusivo de las informaciones de carácter nacional o internacional" (art. 3º párrafo b) y "la realización en exclusiva de las emisiones de Televisión" (art. 3º párrafo c). Los posteriores Decretos de reorganización del Ministerio al atribuir a la Dirección General las funciones atribuidas al ARE seguirán manteniendo la distinción entre la información y la emisión; entre la actividad formal de emitir y el contenido material de la emisión. Sin embargo, a partir del Decreto de 18 de Enero de 1.968, este y el de 21 de Marzo de 1.970 acabaron con la distinción al atribuir sin más a la Dirección General las competencias exclusivas de las emisoras de Televisión. El nuevo Decreto de 11 de Octubre de 1.973 nuevamente distingue los dos aspectos: la exclusiva de "las emisiones radiadas en onda corta y -

las de información nacional e internacional" por una parte y por otra "las emisiones de Televisión". El que se - distinga o no, tiene su importancia dado que una eventual autorización de concurrencia de los particulares, por - ejemplo por medio de la cablevisión, no alcanzaría a la difusión de mensajes informativos; pero el problema se - plantea además a otro nivel que es el de saber si la información pertenece a RTVE o al Director General de Radio y Televisión, dado que con el Decreto Orgánico de 21-III-1.970, las funciones informativas quedaban en el propio Director General y el Decreto de 11-October de 1.973 no atribuye competencias específicas a los distintos órganos.

Por lo que llevamos examinado se comprenderá que el periodista en Televisión para que pueda cumplir con su "misión pública" necesita estar dotado de determinados derechos - que le permitan cumplir con libertad e independencia sus deberes; necesidad más apremiante debido a la presencia - administrativa de la actividad como monopolizadora de todo. En cualquier caso, la adopción de tal estatuto, por - perfecto que fuese, no garantizaría la independencia e imparcialidad de las informaciones; existen otros problemas orgánicos estructurales, constitucionales y políticos que condicionarían el resultado de tal Estatuto; este no sería por tanto, más que uno de los pasos necesarios para avanzar en el largo y difícil camino de lograr una Televisión que pueda cumplir con eficacia e imparcialidad el - Servicio público encomendado.

Personal Funcionario

RTVE en cuanto servicio público centralizado desde el Decreto de Octubre de 1.973, tiene, junto al personal laboral y personal contratado, personal funcionario. Hasta la fecha de tal Decreto estos funcionarios eran los propios funcionarios del Mº de Información y Turismo ocupando un puesto de trabajo dentro del organigrama del mismo Ministerio; a decir verdad el número de tales funcionarios en esta situación era más bien escaso pero la calificación formal de Televisión como Servicio público centralizado determina por remisión del artículo 90 L.E.E.A., la aplicación del Capítulo X del título I de la misma ley referente al personal de los organismos autónomos; tal remisión no deja de plantear problemas desde el momento que la clasificación del artículo 79 en lo que se refiere a funcionarios del propio organismo no encaja con la idea de ausencia de personalidad jurídica del servicio: ¿cómo puede tener funcionarios propios y diferentes de los del Ministerio en que se integra un servicio carente de personalidad jurídica? ¿a quién se imputa la relación funcional? ¿a un órgano sin personalidad?. En realidad la remisión del artículo 90 al artículo 79 de la LEEA es de muy difícil encaje y si se hace es a costa de distorsionar el sentido del servicio público centralizado cuya autonomía tiene sentido a algunos efectos: financieros, contables, empresaria

les, pero no precisamente en este punto, imagínese lo que ocurriría si se crea un cuerpo de funcionarios propio de RTVE; tales funcionarios se encuentran con que tienen una relación jurídica con un ente que carece de personalidad jurídica propia, de lo que se desprende que sus relaciones con RTVE deben imputarse directa y primeramente al - Ministerio de Información y Turismo; de lo dicho se desprende que la remisión del artículo 90 de la ley de LEEA, referente a los servicios públicos centralizados, a la - regulación que la misma ley contiene respecto al personal de los Organismos Autónomos, es una remisión que no puede ser aceptada en su totalidad sino con las debidas matizaciones. En realidad, lo que si podría ocurrir, es que se crea se un cuerpo especial cuya misión y funciones consistiese en desempeñar tareas dentro del servicio público centrali zado pero los funcionarios de ese cuerpo especial no po - dían sostener relaciones jurídicas con un ente sin perso - nalidad sino con el Ministerio; se trataría así, en defini tiva, de un cuerpo especial del propio Ministerio pero nun ca de un cuerpo de funcionarios propio del servicio pú - blico centralizado; en cualquier caso lo cierto es que has ta la fecha desde el Decreto que constituía RTVE como ser vicio público centralizado no se ha dictado norma ninguna referente a las posibilidades de creación de funcionarios propios de RTVE, lo que no quiere decir que no puede en el futuro pensarse en hacer una reordenación de personal del

servicio y considerar la posibilidad de crear funcionarios del propio organismo; ese será el momento de ver las posibilidades de dar una interpretación extricta y literal de la remisión citada de la LEEA, o de hacer una interpretación lógica y congruente que excluye la posibilidad de que RTVE tenga funcionarios propios del servicio, de la misma forma que un Organismo Autonomo puede tener funcionarios propios independientemente de los funcionarios del Estado: Por tanto hasta la fecha los funcionarios de TVE han sido funcionarios del Ministerio de Información y Turismo; desde la configuración de éste como servicio público centralizado se trata igualmente de funcionarios del propio Ministerio que desempeñan un puesto de trabajo del Ministerio y no de funcionarios en comisión de servicio en un Organismo Autonomo.

Conclusiones

A nuestro juicio y sin perjuicio de las observaciones realizadas con respecto al personal laboral de TVE y al problema del personal contratado, también apuntado, el problema más importante de personal que tiene RTVE es el de los periodistas por la ambigua y difícil situación en que se encuentran, por una parte como responsables del cumplimiento de una misión pública y, por otra parte, carentes de todo derecho para dirigir o participar en el cumplimiento de sus actividades. Este es el problema que demanda una más pronta y urgente solución, solución que puede encontrarse, por una parte, en la determinación previa de las condiciones en que se encuentra el Jefe de los Servicios informativos de RTVE, es decir, estableciendo un contrato de la misma manera que tienen un contrato los Directores de las empresas periodísticas; junto a ello, deben regularse detenidamente alguno de los derechos más trascendentales del periodista para el cumplimiento de sus funciones en la forma en que ha quedado expuesto en los apartados anteriores. Pero, junto a todo ello, hace falta también que RTVE en su conjunto se incardine en una estructura diferente de la rígida jerarquización a que está sometida actualmente; no se trata solo de las posibilidades de un control por parte de las Cortes a posteriori, sino de la posibilidad de que tanto en la designación de cargos re--

presentativos y directivos de TVE intervengan entidades culturales representativas intermedias entre la Sociedad y el Estado; en este contexto es en el que cobran pleno sentido y relevancia las medidas de aseguramiento de la independencia profesional y, es también en este contexto, en el que el ejercicio profesional de esos derechos encuentra sus propias limitaciones en una opinión pública responsable de sus actos con pleno derecho a exigir al periodista el cumplimiento de sus deberes. Cualquier regulación de la materia que contemple solo uno de los múltiples aspectos que ofrece TVE será, por fuerza, una normativa incompleta y no se trata aquí de ser perfeccionistas sino de apuntar que en principio los problemas estructurales deben resolverse con medidas que modifiquen y mejoren esa estructura y que no hacerlo así desde el principio implica condenar el resultado de la reforma al fracaso.

. = CAPITULO SEPTIMO . =

RESPONSABILIDAD Y RECTIFICACION

RESPONSABILIDAD Y RECTIFICACIONI.- Delimitación del Tema.

La actividad televisiva, como cualquier actividad de la Administración, puede causar daños a los particulares que dan lugar al surgimiento de la responsabilidad del Ente causante. - La ordenación jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado ha experimentado grandes variaciones en lo que va de siglo y, con ello, ha mostrado la sensibilidad y apertura del Derecho hacia un mundo de valores, la justicia y la equidad, por encima de las rígidas construcciones dogmáticas.

Es sabido que los obstáculos a responsabilizar al Estado como consecuencia de los eventos dañosos surgidos de la actividad administrativa han sido tremendos. Primero fué la consideración de la soberanía del Estado lo que impedía someterle a obligaciones surgidas de su responsabilidad contractual. Fué después el axioma de la imposibilidad de que el Estado causase daño a nadie ("King can not do wrong") dado que su fin es el interés y beneficio de la sociedad; si alguna vez se causaba algún daño, ello se debía al funcionario y no al Estado, - pues éste no podía querer el mal de sus súbditos (186). Por otra parte, la Administración en su actuación debía sujetarse a normas previamente establecidas y las mismas no solían contemplar la posibilidad de daños para los particulares; de ahí que éstos se consideraban como desviaciones de la norma imputables sólo al funcionario y nunca a la Administración.

No debe extrañar, pues, que este cúmulo de obstáculos a la responsabilidad del Estado fuese causa en nuestro país de una casi total inmunidad de la Administración del Estado, pese a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sin duda mal interpretados, como afirma García de Enterría, desde nuestra cir-

(186) Duguit. Las transformaciones del Derecho Público, págs. 334 y ss. Traducción de Adolfo Posada.

cunstancia actual, pero dentro de la interpretación que correspondía a su fecha de aparición.

No vamos a insistir en el giro copernicano que supuso la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Regimen Jurídico de la Administración del Estado, pero sí señalaremos la configuración de una responsabilidad objetiva ("Funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos" art. 40 de la L. R.J.A.E. y del art. 121 L. E.F.) que salvaba el problema de que el Estado no podía obrar culpablemente. (187)

Es en este contexto en el que vamos a analizar la responsabilidad surgida como consecuencia del servicio de Televisión; pero hemos de acotar el alcance de nuestro estudio que no comprende la responsabilidad por hechos dañosos surgidos fuera de los programas, es decir, no tratamos, por ejemplo, la responsabilidad que pudiera surgir como consecuencia del incendio de una unidad móvil o de la caída de una cámara de televisión sobre el público. El objeto de nuestro estudio es sólo el de la responsabilidad que surge como consecuencia de lo que se dice o se exhibe en los programas de televisión.

La razón de esta acotación se debe a que los demás daños tienen una regulación idéntica a la de los restantes servicios públicos, en tanto que los programas empiezan por causar un tipo específico de daños que lesionan o pueden lesionar la fama, honra, reputación mercantil, etc., originando así una responsabilidad que no ha sido contemplada específicamente por el legislador, lo que justifica su tratamiento independiente.

Centrado así el tema, vamos a examinar las singularidades de esta responsabilidad del Estado por daños ocasionados por el contenido de sus emisiones. (188) (189)

(187) Naturalmente nos referimos sólo a la Administración del Estado, pues en la Administración Local la evolución de la responsabilidad ha seguido sus propios cauces.

(188) Sobre la admisión del derecho de rectificación en el Derecho Comparado puede verse "Traité du droit de radiodiffusion." de Charles Debbash págs. 329 y ss. Señala este autor a Inglaterra, Turquía, Yugoslavia y Alemania Federal. A esta lista habría que añadir hoy Francia.

(189) Vid. "Le disposizioni sulla rettifica adottate dalla O.R.F.". Il diritto .. n° 3-1971. Igualmente en el n° 2-1969. Vittorio Occorsio analiza el proyecto de ley de rectificación de la R.A.I.

II.- Singularidad de la responsabilidad del contenido de los programas.

Hablamos aquí de singularidad por entender que se trata de un supuesto de responsabilidad muy frecuente en este servicio y, sin embargo, casi ausente en los demás, pero también lo hacemos fundamentalmente por el supuesto casi único de reparación a que da lugar: la rectificación, inexistente en los demás ser vicios del Estado, con la excepción naturalmente de la radiofo nía.

En definitiva, lo característico de esta responsabilidad, lo definidor, es la forma de reparación, que no es reparación patrimonial, sino la propia del daño que puede producirse: el da ño moral; éste, sin embargo, no es exclusivo de la responsabilidad por el contenido de los programas del servicio de tele- visión sino que puede darse en otros servicios, pero lo que sí es casi exclusivo de la actividad televisiva es el tipo de -- bien cuya lesión origina el daño moral: fama, buen nombre, honor, reputación mercantil, etc. y que si bien pueden ser daña- dos, también como consecuencia de la actividad disciplinaria y sancionadora de la Administración, nunca lo serán con la publi cidad y generalidad con que ocurre en la televisión. (190)

La especialidad de los daños -daños morales-, la posibilidad - de que los mismos no hayan sido causados por la Administración o sus agentes sino por terceros asistentes a los programas; la exigibilidad o no de la culpa o negligencia como requisito de la responsabilidad, son aspectos de un mismo problema que exigen un tratamiento específico desde la óptica del servicio público de televisión. (191)

a) Los bienes que pueden ser dañados: la actividad televisiva puede afectar al honor y fama de los particulares; también a de rechos personalísimos como los protegidos por la propiedad in- telectual.

(190) Vid. "Radiodiffusion et droit de rectification" A. Grassi "Radiodiffusion et droit de rectification". Revue de L'U.E.R. - 89-B 1965.

(191) Sobre los distintos aspectos de la responsabilidad por da ños, puede verse "Derecho de Daños" de Jaime Santos Briz, edito rial revista de Derecho Privado.

El ataque al honor y a la fama en sus diversas manifestaciones: personal, familiar, mercantil, etc. puede ocurrir no sólo como consecuencia de un acto injurioso o calumnioso sino también como consecuencia de una información falsa o inexacta; también es un bien susceptible de protección la intimidad personal y familiar de tal manera que, quien la viole, está obligado a reparación; también los derechos del autor sobre su obra pueden verse transgredidos como consecuencia de la actividad televisiva.

El alcance de muchos de estos bienes como el honor, la fama y la intimidad tienen una extensión diversa en función de una serie de factores; es esencial a estos efectos, la comprensión social de estos conceptos que puede variar en el espacio y en el tiempo; igualmente la propia situación de la persona en la vida social hace variar el alcance de dichos bienes; así, el derecho a la intimidad no es tan rígido en el hombre público, sin llegar nunca a desaparecer, ya que lo que en definitiva ocurre es que no es lo mismo la intimidad del hombre público que la del ciudadano normal y corriente.

Por otra parte no es éste el lugar, ni tampoco nos lo hemos propuesto, de estudiar detenidamente los distintos aspectos del honor, fama, intimidad privada, intimidad profesional, comercial, industrial, familiar, etc.; (192) si hemos traído a colación estos bienes personalísimos es para centrar el tema sobre lo que aquí nos interesa que es la peculiar forma de reparar los daños que en algunos de ellos se causan.

b) La persona causante de los daños también es tema que puede ser singular desde el momento en que en los programas televisivos es normal el acceso de personas extrañas al medio, que pueden ocasionar con sus intervenciones daños en algunos de los bienes enumerados.

(192) Vid. "El Derecho a la intimidad privada y su regulación", de Georgina Batlle Sales. Edit. Marfil, también de Castro "Temas de Derecho Civil" págs. 17 y ss.

Esto plantea cuál es en este caso la culpa del Estado, titular del medio que por mejor servir el interés público abre - sus estudios a personas ajenas al servicio en si mismo con siderado. ¿Quién debe ser en este caso responsable de los da- - ños que la intervención de estas personas ocasione en los - bienes personales de que se ha hecho mención?. ¿Debe respon- der el medio o la propia persona causante?. ¿Existe alguna - responsabilidad subsidiaria para el Estado en el caso de que el particular resulte insolvente?.

Preguntas todas, que tienen tal vez fácil respuesta, desde la perspectiva de la reponsabilidad que da lugar a mera indemni- zación por el principio de riesgo recogido en el art. 40 de la L. R.J.A.E. pero cuya respuesta es diferente si se tiene en cuenta el principio de la reparación o satisfacción mediante - rectificación, dado que el art. 40 se refiere sólo a la respon- sabilidad "patrimonial" de la Administración.

c) El problema de la culpa.- El problema de la culpa plantea difi- cultades en cuanto que, excluidos de la aplicación del art. 40 L. R.J.A.E. los supuestos que dan lugar a rectificación, la responsabilidad de la Administración no puede configurarse fácilmente sobre el principio de riesgo recogido en dicho ar- tículo, sino que ha de buscar amparo en otros textos positivos.

Como vemos, los daños producidos por la actividad de la tele- visión en relación con su reparación plantean problemas que - no pueden resolverse sin más con la aplicación del art. 40 L. R.J.A.E. ni art. 121 de la L. E.F. Existe sin embargo, una - normativa específica en esta materia, que vamos a analizar a continuación y que resuelve parcialmente el problema. Ahora - bien, es preciso indicar que esta normativa dictada cuando - todavía no funcionaba el servicio de televisión no ha sido - aplicada, que sepamos, nunca en tal servicio y a tal hecho no es ajena la circunstancia de que se piensa que la misma com- - prende sólo la radiofonía y no la televisión. Consideramos - que ello no es así y vamos a tratar de argumentar por qué; - sin embargo, la falta de jurisprudencia sobre el tema hace ne- cesario saber si en defecto de tal normativa sería posible -

construir un derecho de rectificación en base a la normativa civil y penal y principios generales del derecho y del ordenamiento jurídico administrativo.

III.- La Regulación Administrativa de la rectificación.

El Decreto de 11-9-1953 estableció un derecho de rectificación a favor de toda persona, en el pleno uso de sus derechos, que se considerase injustamente perjudicada por cualquier alusión difundida en una emisión de radio, o que por igualdad de nombres o circunstancias pueda inducir a confusión en su perjuicio (Art. 1º). Parecía que con esta norma venía a ponerse fin a una situación de falta de disposición administrativa, regulando la forma de ejercer un derecho tan íntimamente ligado a la reparación de los daños producidos en el honor y la fama de los particulares y de amplia tradición en nuestro derecho, como más adelante se verá. Sin embargo, la aparente imprecisión de su redacción, ha dado lugar a que por la Administración se haya entendido que el referido derecho es inaplicable en la actividad televisiva; conviene analizar por tanto los distintos aspectos de este Decreto para saber exactamente su alcance y su virtualidad práctica.

A) Ambito del Derecho de Rectificación del Decreto de 2 Septiembre 1953.

- a) Ambito subjetivo.- Sujeto activo del derecho de rectificación es toda persona que se considere perjudicada en los términos del art. 1º del Decreto. En este punto encontramos ya una importante limitación en la atribución de este Derecho; a saber, que la persona perjudicada se encuentre "en el pleno uso de sus derechos"; parece así que los menores o incapacitados no podrían disfrutar del mismo. Tan absurda situación sólo es explicable por un lapsus en la redacción del artículo que en realidad debía contemplar esa plenitud de derechos sólo en lo que respecta al aspecto procedimental de la exigencia del derecho pero no a la titularidad del mismo; es decir, el texto sería correcto sin más que interpolar unas palabras que lo dejaran así:

"Toda persona, en el pleno uso de sus derechos, que se considere injustamente perjudicada (o considere que lo ha sido cualquier otra bajo su patria, potestad, o tutela) -

por cualquier alusión difundida"

A nuestro juicio pues, el derecho de rectificación nace con la lesión inferida por cualquier información, cualquiera que sea la persona que la sufra; el ejercicio de ese derecho (capacidad de obrar) es lo que se deja en manos de los que tengan pleno uso de sus derechos; la exigencia de este pleno -- uso de los derechos puede ser significativo recogerla en una norma administrativa dado que, en la fecha del Decreto, toda vía no estaba publicada la Ley del Procedimiento Administrativo, por lo que en cuestiones de capacidad habría que estar a lo dispuesto en cada Ministerio, en sus normas de procedimiento específicas.

Con este alcance e interpretación, el art. 1º del Decreto - que comentamos es perfectamente válido, siendo por otra parte irrelevante que se sostuviera una interpretación restrictiva del mismo, desde el momento que uno de los límites de la potestad reglamentaria sería el de los principios generales del Derecho y principios ordenadores e informadores del ordenamiento administrativo (193) y conforme a ellos "todos los españoles son iguales ante la ley" y los administrados son -- iguales ante las cargas y beneficios públicos. No parece que nadie pudiera sostener con éxito que, por ejemplo, una menor de 21 años no tuviera derecho a que se rectificase una información que afectase a su honra, en tanto que sí lo tuviera - una persona mayor de 21 años. Establecido el derecho de rectificación, toda persona, por el hecho de serlo, es titular del mismo cuando resulte afectada por una emisión radiada. Si no se hubiese establecido el derecho de rectificación en norma administrativa, la situación, tal vez, fuese diferente, pero siendo voluntad del Estado reconocer ese derecho de rectificación, no puede limitar injustamente el ámbito - de derecho subjetivo de sus titulares, pues los reglamentos administrativos no son islas que emergen desvinculadas del ordenamiento general del Estado sino que se apoyan, se interpretan y corrigen por su relación con éste.

(193) Vid. García de Enterría. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria". R.A.P. nº 30 y "Legislación Delegada, o

Además, después de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hay que considerar zanjada esta cuestión y sometida al regimen general en la materia.

Insistimos en que, a nuestro juicio, parece tratarse de un lapsus delizado en la redacción, por contemplar más - el aspecto procedimental del ejercicio de derecho que su propia sustantividad y, en todo caso, nos parece subsanable é integrable de acuerdo con los principios generales invocados.

- Sujeto pasivo es la emisora que ha difundido la alusión o información dañosa. A nuestro juicio, es irrelevante - que la difusión proceda de la propia emisora o provenga de otra con la que se ha conectado; como también lo es que la alusión haya sido hecha por persona ajena a la -- emisora en el curso de una entrevista, encuesta, etc. El Decreto contempla una situación de riesgo, una situación objetiva sin referencia ninguna a negligencia del agente; en este sentido se adelanta a la propia Ley de Expropiación forzosa; basta con que haya existido una "alusión difundida" al margen de toda referencia a la actitud culposa del que ha difundido la alusión. Debe señalarse también que las emisoras del Estado no están excluidas de este derecho de rectificación, aunque el Decreto no las mencione - expresamente, puesto que no distingue entre emisoras privadas y oficiales, por lo que no es lícito hacer distinción alguna en este sentido.

El problema mayor en este punto, se plantea respecto al hecho de saber si la televisión resulta afectada por el derecho de rectificación que el Decreto que comentamos establece administrativamente. En contra de la solución afirmativa, y tal parece ser la interpretación de la propia Administración, está el hecho de que la norma se refiere a las emisiones de "radio" y por "radio", en un sentido vulgar o coloquial, se entiende sólo, hay que reconocerlo, la radiofonía; sin embargo, no es ese el sentido científico y jurídico de "emisoras de radio"; por otra parte el preámbulo del reglamento configura generosamente los -

fundamenteos de este derecho en forma tal que no parece dejar dudas sobre la amplitud de su ámbito, por más que en el último párrafo del mismo insista en su referencia a la "Radio".

En efecto, el párrafo primero del preámbulo señala el art. 4 del Fuero de los Españoles, con su proclamación del respeto al honor personal y familiar, como principio fundamental, como el fundamento del derecho que a continuación reglamenta y de la responsabilidad en que incurre quien lo ultrajere, "cualquiera que fuere su condición".

De este fundamental principio deduce en su párrafo segundo "que los medios de difusión" no pueden quedar exentos de su responsabilidad y en el tercero, tras referirse a la normativa específica de la Prensa e Imprenta, concluye "que no pueden escapar a esta normativa los demás medios difusores en su peculiar condición", por lo que se hace preciso dictar las reglas convenientes al ejercicio del derecho de rectificación en la Radio. ...; como se vé, el fundamento del derecho de rectificación no atiende al sujeto que causa el daño sino a la persona dañada; de ahí, que tal argumento valga también para la televisión comprendida en esa genérica referencia a "los demás medios de difusión". No puede por otra parte olvidarse que en la fecha en que el Reglamento se dicta no funcionaba todavía la televisión (194) por lo que no puede deducirse que la no referencia específica a la misma signifique su exclusión voluntaria del ámbito del Reglamento; en la mente del legislador no puede decirse que esté presente la exclusión de la televisión; al contrario, en su preámbulo se refiere a los demás medios que no pueden quedar exentos de la responsabilidad derivada del daño a un bien reconocido en la categoría de fundamental.

Además de todo ello, más arriba hemos indicado cómo el alcance del término "radio" es distinto en el lenguaje jurídico y científico y en el vulgar.

En el lenguaje científico el término hace referencia al uso de las ondas hertzianas, uso que puede llegar a transmitir

(194) Sin embargo, el primer Decreto Orgánico del Ministerio de Información y Turismo se refiere ya a ella.

sónidos o imágenes. En términos jurídicos, el alcance del término radiodifusión ha sido fijado en numerosos textos de derecho positivo integrados en el ordenamiento interno de nuestro país.

Así, el Convenio de Telecomunicaciones de Madrid del 9-12-1932 (aprobado por el Congreso por Ley de 22-junio-1934) - define la "Radiocomunicación" en sus Anexos como toda comunicación hecha por ondas hertzianas; el mismo Reglamento - General de Radiocomunicaciones, anexo al referido convenio, distingue entre radiodifusión visual y radiodifusión tele--fónica. (195)

El Decreto de 4 de agosto de 1944, dispone en su artículo 1º que se entiende por radiodifusión la producción de emisiones radioeléctricas destinadas mediata o inmediatamen-te al público en general o bien a un sector del mismo con fines culturales, educativos, artísticos, informativos, de mero recreo, y publicitarios.

En el sentido citado, el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Atlantic City, de 2 de octubre de 1947, con sus Reglamentos de Radiocomunicaciones y revisiones de Pa--ris de 1949, define así en su anexo 2 el término "Servicio de Radiodifusión":

"Un servicio de Radiocomunicación que efectúa emisiones destinadas a ser recibidas directamente por el pueblo en general. Este servicio puede incluir transmisiones de sonido o transmisiones de televisión de facsímiles u otros géneros de emisiones". (En el mismo sentido, núms. 21 a) y 21 b) del Reglamento de Radiocomunicaciones).

Por su parte, el concepto de Radiocomunicación es definido - como:

(195) Albert Namurois, asesor jurídico de los Institutos de la Radiodifusión-Televisión belga, afirma que en la legisla-ción internacional "las radiocomunicaciones constituyen una clase de telecomunicaciones cuya propagación se efectúa en el espacio y sin guía artificial, con la ayuda de ondas radio-eléctricas o hertzianas. Las radiocomunicaciones se clasifican

"Toda Telecomunicación por medio de ondas hertzianas" (ondas electromagnéticas entre 10 kc/s y 3.000.000 Mc/s)

Definiéndose igualmente el concepto de Radioelectricidad:

"Término general que se aplica al empleo de las ondas hertzianas".

Por su parte, el Convenio Internacional de Telecomunicación de Montreux de 12 de noviembre de 1965, ratificado por instrumento de 2 de mayo de 1967, define así en su anexo 2° el término "radio": "término general que se aplica al empleo de ondas radioeléctricas"; en el mismo sentido se expresaba el Convenio Internacional de Telecomunicación de Buenos Aires, al que sustituyó el anterior.

Como vemos pues, en su interpretación positiva y científica, el término "radio" comprende tanto la Radiofonía como la Televisión; si a eso añadimos la voluntad del propio Estado de no eximir los demás medios de difusión y su decisión de respetar los derechos fundamentales de los españoles, hemos de concluir que el Decreto de 2 de septiembre de 1953 comprende no sólo a la Radiofonía sino también a la Televisión.

A2) Ambito objetivo.- Vaya por delante que el concepto de rectificación que aquí estamos manejando nada tiene que ver con el hoy día vigente en materia de prensa (196), En ésta, rectificación y réplica son conceptos jurídicamente iguales en su contenido, pero subjetivamente diferentes por la persona de su titular: de aquel lo es el Estado y de éste los particulares. En el campo de la radiodifusión, el derecho de rectificación está más acorde con su significado lingüístico. La rectifica-

(195), en dos grupos, según su destino,; si es general nos encontramos ante la radiodifusión cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público. Un servicio de radiodifusión puede comprender emisiones sonoras, emisiones de televisión (imagen y sonido), así como otras emisiones". "Structures et organisation de la radio-télévision dans le cadre des radiocommunications". U.E.R. monographie, pag. 165.

(196) Vid. Rivero Isern. "Los derechos de rectificación y réplica en la Prensa, Radio y Televisión" R.A.P. n° 57.

ción se define en el Diccionario de la Lengua como la --
 "reducción de una cosa a la exactitud que debe tener" o --
 bien "reducir a la conveniente exactitud y certeza los di-
 chos o hechos que se le atribuyen". En tanto que replicar se
 define como "instar o argüir contra la respuesta o argumento".

La rectificación parece contraerse así al mundo de los hechos,
 la réplica al mundo de las opiniones o comentarios. La recti-
 ficación exige además que los hechos inexactos hayan causado
 o puedan causar daño a alguien; si no, por inexactos que sean,
 no existe una persona legitimada para pedir su rectificación.
 La rectificación es un derecho elemental que se concede al ti-
 tular de un bien dañado de rancia tradición en nuestro dere--
 cho. La réplica pertenece a un estado más avanzado de civili-
 zación y plantea mayores problemas técnicos y jurídicos.

Hechas estas precisiones, puede observarse cómo el Reglamento
 es, por un lado, muy generoso al definir los supuestos que dán
 - derecho a rectificación y, por otro lado, muy restrictivo.

- a) Supuestos incluídos.- El derecho nace para toda persona
 que "se considere injustamente perjudicada por cualquier
 alusión difundida en una emisión de radio o que por --
 igualdad de nombres o circunstancias pueda inducir a --
 error en su perjuicio".

La dicción es casi igual a la del art. 58 de la vigente
 Ley de Prensa e Imprenta, con la diferencia de que en -
 esta Ley se habla de "hacer uso del derecho de réplica"
 y en el Decreto se dice "tendrá derecho". Además, en el
 Decreto de 11 de septiembre de 1953, se hace referencia
 a la igualdad de nombres o circunstancias, En cualquier
 caso, debe observarse que el derecho no surge con la le-
 sión efectiva para el particular, sino con el hecho de
 que la actividad difusora le coloque en una situación -
 subjetiva de considerarse injustamente perjudicado. Na-
 turalmente, que la referencia a su subjetiva creencia -
 no puede ser un cheque en blanco, sino que debe integrar
 se objetivamente mediante las concepciones sociales y -
 lógicas de cada momento histórico; lo único que ocurre -
 es que siempre que una alusión "pueda" ser susceptible
 de perjudicar a una persona, el derecho de rectifica---
 ción nace aunque no se pruebe la efectividad del daño.

En cualquier caso, parece evidente la insuficiencia del Decreto para regular todos estos aspectos, pues la atribución a la Dir. Gral. de Radiodifusión y Delegaciones Provinciales de plenas facultades para apreciar la procedencia de la rectificación se presta a muchas discriminaciones, si no se objetivan de alguna manera los supuestos en que no procede la rectificación. Los supuestos de rectificación son, así, dos: por una parte, los casos de perjuicio injusto, es decir, perjuicio no admitido ni amparado por el derecho; por otra, perjuicios causados por una actividad en sí misma perfectamente lícita, pero que por igualdad de nombres o circunstancias puede ocasionar perjuicio por la confusión a que puede inducir. En este supuesto, la actividad de la emisora ha sido perfectamente correcta y legítima, sin que ni siquiera exista funcionamiento anormal del servicio.

La semejanza de la regulación que examinamos con la contenida en la Ley de Prensa e Imprenta hace que la Jurisprudencia recaída respecto del derecho de réplica de ésta última pudiera entenderse aplicable a la Radiodifusión. Así, la Sentencia de 5 de junio de 1972 de la Sala 3a. niega el derecho de réplica a los firmantes de un escrito dirigido a la Presidencia del Gobierno, aludidos en el diario "Pueblo", en forma tal que tergiversaba el contenido del referido escrito, según reconoce la propia Sentencia, quien basa su negativa en la circunstancia de que el hecho de imputar a los recurrentes unas opiniones políticas obtenidas tergiversando y alterando el sentido y propósito de la referida carta, no expone al menosprecio público a las personas que lo firmaron, "pues las ideas políticas no afectan al valor de las personas".

Como se vé, en la Sentencia que se cita, la Sala no toma en cuenta la dimensión subjetiva de la lesión que hace nacer el derecho; el término "que se considere injustamente perjudicada...", se deja de lado por la misma para afirmar el carácter objetivo de la lesión y su competencia para valorarlo. Si la atribución a una persona de unas ideas y propósitos que no son los suyos se estima que no supone perjuicio para nadie, lo que, evidentemente, es mucho suponer, al menos debe dejarse al ámbito de la propia voluntad y conciencia el decidir si

se siente afectado cuando el derecho en términos generales se concede al que "se considere injustamente perjudicado.."; concepto que, por otra parte, decíamos que no es un cheque - en blanco, pues cuando sea de toda evidencia que la alusión no puede en ningún modo perjudicar, es lógico que el Tribunal niegue el derecho de réplica en materia de prensa.

Tal doctrina restrictiva de los supuestos que dan lugar a rectificación no es, sin embargo, trasplantable sin más al - ámbito de la radiodifusión, pues aquí no se dice "podrá hacer uso del derecho de réplica...." como en la Ley de Prensa, que parece aludir a un derecho en formación, a un derecho a iniciar el procedimiento de réplica, sino "tendrá derecho a rectificar", lo que puede ser relevante desde el momento en que el derecho de rectificación en la Radiodifusión no tiene otros límites que los del párrafo 2° del artículo I del Decreto de 11septiembre de 1953

b) Supuestos excluidos.-

El párrafo 2° del art. 1° del Decreto, excluye de entre los supuestos que dan lugar al derecho de rectificación "la difusión de textos dados a la publicidad por los organismos del Estado, Tribunales y Corporaciones". La exclusión no parece justificada, salvo por lo que se refiere a los Tribunales, siempre que se trate de textos difundidos en virtud de sentencias firmes.

La referencia genérica a Organismos del Estado o Corporaciones plantea varios problemas: en primer lugar, saber si -- Organismos quiere decir Entes, es decir, personas jurídicas-públicas con exclusión del propio Estado. En realidad, parece que la expresión Organismo quiere significar órganos en sentido genérico, entendiendo por tales no sólo los órganos propios é internos de la Administración del Estado, sino también los Entes dependientes de la misma.

Sentado esto se puede plantear la duda de si las emisoras del Estado quedan fuera del derecho de rectificación regulado por este Decreto, dada su pertenencia al propio Estado. A este respecto debe subrayarse cómo el párrafo que comentamos habla de "textos dados a la publicidad por los Organismos del Estado, Tribunales y Corporaciones". No se trata por tanto de las noticias y alusiones nacidas del propio servicio,

sino de los textos que los Organismos del Estado, como tales Organismos, den a las emisoras para su publicidad; se trata en definitiva de las notas que cualquier órgano remita a las emisoras para que las difunda como notas oficiales, pero ello no excluye la aplicabilidad del Decreto a las emisoras del Estado con caracter general como consecuencia de las alusiones e informaciones que se hagan en el curso del propio servicio o emisión, (los comentarios, conferencias, coloquios, etc. no pueden ser evidentemente notas oficiales, por más que se difunda a través de emisoras del Estado). En todo caso, vemos cómo la rectificación desaparece ante los textos oficiales de la Administración, a nuestro juicio sin demasiado fundamento, cuando esos textos puedan afectar a derechos de los particulares; otra cosa sería tal vez si se tratase de textos que obligatoriamente hubiesen de darse, pero no con cualquier texto que la Administración quiera dar a la misma. De otra forma, los particulares quedan indefensos ante las lesiones que eventualmente puedan sufrir en virtud de la difusión de tales textos.

B) Procedimiento de la Rectificación.

El Decreto de 11 de septiembre de 1953 no establece procedimiento alguno de ejercitar la rectificación, sino - que en su art. 3º y último se remite a las disposiciones que dicte el Ministerio de Información y Turismo; tales disposiciones no han sido publicadas nunca, por lo que, nos encontramos ante un derecho sin regulación en su ejercicio práctico: no se sabe la forma en que ha de efectuarse la rectificación, ni el plazo, etc.

Únicamente menciona el Reglamento la competencia de la Dirección General de Radiodifusión y de las Delegaciones Provinciales del Ministerio para apreciar con plenas facultades la procedencia de la rectificación y la forma y condiciones en que hayan de ser radiodifundidas. La competencia a tales órganos no sabemos si es alternativa, exclusiva, jerárquica, etc. ¿Acaso la Dirección General es competente tratándose de emisoras oficiales, por razones de jerarquía y las Delegaciones Provinciales lo son para las emisoras privadas? ¿Es competente la Dirección General para entender de los recursos contra las (197)

(197) Hoy día, tras la L. P.A. la respuesta es negativa.

decisiones de los Delegados Provinciales en esta materia? En todo caso, no parece lógico que una Emisora Oficial de pendiente de la Dirección General de Radiodifusión tenga que someterse a la decisión de una Delegación Provincial. Lo que muestra todo esto es la insuficiencia de la regula ción actual de esta materia y la necesidad de que se dic- ten las disposiciones que se preven en el art. 3° del De- creto que comentamos; máxime cuando el párrafo 2° del - art. 2° dispone la posibilidad de sancionar la trasgre- sión de las normas que regulan el derecho de rectifica- ción que el Decreto establece.

Son evidentes, por tanto, las lagunas que muestra la re- gulación actual del derecho de rectificación (198) y si a ello añadimos la función atribuida a la propia Adminis- tración en orden a valorar la procedencia de la rectifi- cación, con todo lo que ello supone de parcialidad cuan- do se trate de rectificar informaciones o alusiones de emisoras estatales, fácilmente se comprenderá la necesi- dad de regular "ex novo" esta materia, aparte de las - fundamentales razones a que más abajo hacemos referencia.

Discrepamos, sin embargo, de los que pretendieran soste- ner que este vacío normativo hace inexistente el derecho de rectificación consagrado en esta norma administrativa. El derecho existe, la forma de su ejercicio puede suplir- se con la normativa de Prensa e Imprenta y el procedimien- to y competencia de los órganos, aplicando la L. R.J!A.E. y Ley de Procedimiento Administrativo.

La procedencia de aplicar por analogía las normas sobre Prensa e Imprenta no puede contestarse afirmando que en- tre Prensa y Radiodifusión existen notables diferencias (199), sin que pueda cubrir esas diferencias el juez en lugar del legislador. Pues aquí no se trata ya de esta- blecer el derecho de rectificación en el ámbito adminis- trativo, pues es el Decreto 2-9-1953 quien ha estimado

(198) Vid. en el mismo sentido Rivero Isern "Los derechos de rectificación y réplica en la Prensa, Radio y Televisión" RAP n° 57, pág. 174.

(199) Vid. Monfils "Le droit de réponse en matière de radiodi- ffusion" Annales de la Faculté de Droit de Liege 1962.

oportuno establecerlo, sino de suplir las lagunas en cuanto a la extensión y lugar de la rectificación, tiempo y procedimiento para hacerla efectiva.

La aplicación de la analogía para llenar estas lagunas no es, desde luego, la forma más satisfactoria de solucionar el tema; lo que queremos indicar es que la inactividad de la Administración en distar las disposiciones previstas en el art. 3° del Decreto no puede perjudicar el derecho de los particulares proclamado en su art. 1°, que podrán hacer valer invocando la analogía; ahora bien, invocar la analogía en el orden práctico puede ser un auténtico calvario en tiempo y dinero, sobre todo cuando no existen precedentes en la materia, hasta el punto que el administrado preferirá en muchos casos renunciar al ejercicio de derecho o solicitar una indemnización pecuniaria. En este sentido, sí creemos que se hace necesario llenar legalmente las lagunas existentes, aprovechando la circunstancia para modificar lo que de criticable tiene el reglamento y aclarar lo referente a las garantías jurisdiccionales a que a continuación nos referimos.

C) Garantías Jurisdiccionales.

Reconocido el derecho de rectificación en una disposición administrativa, es lícito preguntarnos ahora cuál es la garantía que se pone en manos de la persona ofendida para el caso de que la emisora se niegue a efectuar la rectificación o no se ponga de acuerdo con el perjudicado sobre la forma de hacerlo. El Decreto de 2-9-1953 dedica al tema su art. 2° de la siguiente forma:

"Por la Dirección General de Radiodifusión y las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Información y Turismo, se apreciará, con plenas facultades, la procedencia de la rectificación en caso de desacuerdo por los interesados, así como la forma y condiciones en que esta rectificación haya de ser, en su caso, radiodifundida."

La trasgresión de estas normas podrá dar lugar a las correspondientes sanciones administrativas con completa independencia de las responsabilidades civiles y penales exigibles por los tribunales de justicia y las declaraciones que puedan ha

cer estos sobre el derecho de rectificación".

Como se ve, el Decreto no excluye la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para solicitar la declaración de la procedencia del derecho de rectificación.

El problema respecto de las emisoras estatales se plantea en relación con la exclusión de la vía contencioso-administrativa de los actos que se dicten en el "ejercicio de la función de policía sobre la radio" (art. 40 apartado b) de la jurisdicción contencioso-administrativa); entendemos, como ya hemos señalado, por "radio" no sólo la radiofonía sino también la Televisión.

Efectivamente ¿están excluidos de la revisión jurisdiccional las resoluciones administrativas resolviendo las discrepancias entre emisoras y particulares? (200). En materia radiofónica, a nuestro juicio, habría que distinguir entre emisoras privadas y estatales y, dentro de aquellas, habría que tener en consideración si estamos ante una concesión o ante una autorización, ante un servicio público en sentido estricto o ante un servicio público virtual; pero por lo que respecta a Televisión, el monopolio estatal de la misma no hace necesaria la distinción relativa al sujeto causante, como luego veremos.

Hablar de funciones de policía, tiene un sentido bastante definido doctrinalmente. Las tres clásicas formas de la actividad administrativa: Policía, Fomento y Servicio Público, tuvieron sus ámbitos perfectamente delimitados y si bien la creciente intervención administrativa ha hecho aparecer nuevas modalidades de actuación administrativa (201) y trastocado los límites y finalidades de cada una de tales formas de actuación, es lo cierto que el concepto de Policía, en su esencia, continúa significando la intervención de la Administración en la actividad ilícita de los particulares en virtud de sus poderes de supremacía general en orden a garantizar el interés público frente a

(200) Vid. Rivero Isern "Los derechos..." cit. pág. 178 y del mismo autor "El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares" pág. 251, donde parece matizar la posición.

(201) Vid. José Luis Villar Palasí. RAP-nº 3.

los intereses particulares (202). Cuando la intervención de la Administración se funda en un contrato, supuesto, del concesionario, no estamos ya ante una intervención de policía, sino ante una potestad de vigilancia o control emanada de un título - distinto.

Viene a cuento todo esto, de la imprecisión que late en esta materia de radiodifusión y que parte de una confusión tradicional respecto a la situación del particular en esta materia. Poner en el mismo nivel los actos de Policía sobre la Prensa y Teatro con los de la Radio supone una contradicción con la configuración que se ha hecho de la Radio como una situación concesional. En la Prensa, la Administración interviene en defensa del interés público en una actividad privada; en la Radio, la Administración debía intervenir como "dominus" de la actividad, como parte contratante. No hay así propiamente policía en la intervención administrativa en la materia; no la puede haber desde el momento que las Empresas radiofónicas privadas sufren limitaciones - en cuanto a información y censura, no en virtud de una norma de rango legal, sino en virtud de disposiciones de rango inferior que sólo pueden encontrar su fundamento en la consideración de la Administración como señora de la actividad (O.M. 6-10-1939 sobre censura, Decreto 3-10-1957). Ello no empece las argumentaciones sostenidas en otro lugar de esta tesis sobre la validez legal del monopolio en la materia.

Hechas estas consideraciones sobre el término policía, estamos en situación de demostrar cómo la resolución administrativa sobre la procedencia del derecho de rectificación no es un acto de policía (203) por dos fundamentales razones: la primera es que la Administración, al decidir sobre la procedencia o no de la rectificación, no está enfrentando la actividad del concesionario con el interés público para limitarla o sancionarla; lo - que está valorando es la existencia, en los términos del Decreto, de un interés privado, de un derecho subjetivo privado, lo que excluye la utilización del término policía. Desde luego, que la defensa de los derechos privados puede tener una dimensión - pública, cuya defensa puede asumir el propio Estado, por ejemplo,

(202) Vid. Garrido Falla. "Las transformaciones".

(203) García de Enterría. "El art. 40 b) y la libertad de prensa". Revista Instituto Ciencias Sociales nº 2.

las lesiones físicas a los particulares no sólo incumben a estos sino al Estado, que a través del Ministerio fiscal las persigue. En este caso, determinados atentados al honor de los particulares pueden poner en marcha la actividad sancionadora de la Administración frente a las Empresas privadas o al funcionario responsable (), pero tal actividad sancionadora, es algo totalmente distinto del derecho de rectificación; pues éste, y, con ello entramos en la segunda razón íntimamente relacionada con la primera, se configura como un derecho subjetivo de las personas afectadas -- que son las únicas que tienen señoría sobre su ejercicio; -- mal se puede hablar de actos de policía, sobre la radio en esta materia, cuando la Administración no tiene poder de dictarlos más que cuando el afectado exige su cumplimiento y no llega a ningún acuerdo con la emisora responsable. (204) Estas dos fases previas a la decisión administrativa: la exigencia del cumplimiento por parte del afectado y el acuerdo o desacuerdo con la emisora, ponen de manifiesto que no existe un acto de policía en defensa de intereses públicos, sino una función arbitral (205). Este abandono a la voluntad de los particulares demuestra que la rectificación no pertenece a la esfera de las potestades administrativas, sino al ámbito de los derechos subjetivos cuyo ejercicio interesa y afecta exclusivamente a sus particulares.

A los dos argumentos reseñados hay que añadir, por lo que a la televisión se refiere, un tercer argumento de definitiva trascendencia a estos efectos, cual es el de que, siendo la televisión un servicio público asumido por el Estado, en monopolio, no puede existir acto de policía alguno sobre la propia actividad.

(204) Jesús González Pérez. "Derecho Procesal Administrativo" 1966 (2a. Edición) pág. 535 y la sentencia 11-2-58 allí citada.

(205) Sobre la función arbitral de la Administración en materias de rectificación en la prensa, puede verse "Función Arbitral en materia de Prensa y responsabilidad civil de la Administración" de Jesús Leguina Villa.

Por tanto, la exclusión del art. 40 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no comprende los actos de la Administración que puedan dictarse respecto de la procedencia o no de la rectificación. La razón por la que hablamos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el Decreto de 11-9-1953 se refiere genéricamente a los Tribunales, es bien sencilla, a saber, que conforme al art. 1º de la Ley rituaria de lo contencioso-administrativo, esta jurisdicción conoce de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y, por tanto, conoce de los actos sobre procedencia o no de la rectificación del Decreto que comentamos.

Del análisis que hasta aquí hemos hecho del Decreto, puede deducirse la insuficiencia que el mismo presenta para regular hoy día con suficiente virtualidad el ejercicio del derecho de rectificación, no sólo por faltar en absoluto el desarrollo reglamentario, sino por sus propias limitaciones intrínsecas. Sin embargo, no quiere ello decir que el referido Decreto no haya supuesto un paso importante en la materia; no debe perderse de vista la fecha del mismo del 11-9-1953, en cuyo momento se reconocía así en nuestra patria un derecho de rectificación que, en muchos otros países de área occidental, no estaba ni está todavía reconocido. Por otra parte, la configuración objetiva de la responsabilidad con exclusión de toda alusión al concepto de culpa y negligencia es también un avance importante para su época anterior a la Ley de Expropiación Forzosa. La crítica que se hace es, sin embargo, una crítica a la altura de los tiempos en que estamos y a la altura también del desarrollo técnico y sociológico que han experimentado los medios de comunicación y, en especial, la Televisión.

Con lo hasta aquí expuesto daríamos por terminado el tema del derecho de rectificación si no fuera porque la norma administrativa que lo reconoce y que hemos comentado, no agota, en verdad, las posibilidades que el tema ofrece de derecho positivo en el orden doctrinal. A ello hay que añadir otra razón de orden práctico: la intuición de que nuestros Tribunales, tan reacios a declarar la responsabilidad de la Administración y tan propensos a ampararse en obstáculos formales para

(206) Nos referimos al ámbito de la Administración del Estado.

evitar entrar en el fondo de las reclamaciones que se les presentan en estas materias (207), iban a ampararse en una interpretación restrictiva del término "radio", conforme tal vez con su sentido vulgar y coloquial, pero contraria al significado jurídico y científico del término, como creemos haber demostrado.

IV. Sobre la posibilidad de construir un Derecho de Rectificación al margen del Decreto 14-9-1953.

1. Oportunidad y conveniencia de tal estudio.

Antes de entrar de lleno en el tema objeto de este epígrafe, parece necesario aludir a la utilidad de tal intento si no se quiere caer en un puro formalismo elucubrate. El derecho sirve al hombre y a la sociedad y sólo merece la pena indagar el sentido del ordenamiento cuando tal esfuerzo es útil para los fines de la Justicia. Sentado lo anterior, debemos reiterar aquí el vacío que deja el Decreto de 14-9-1953 respecto de los textos dados a la publicidad por los Organismos oficiales y Corporaciones y las consideraciones hechas en el párrafo anterior sobre los obstáculos jurisdiccionales que puede encontrar la aplicación del Decreto en la Televisión; razones éstas que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de indagar si existe el derecho de rectificación en base a otros preceptos del Ordenamiento Jurídico.

Además de ello, otras razones de índole teórica pero de trascendencia práctica aconsejan el estudio; así por ejemplo la cuestión de si por una norma administrativa con rango de Decreto podría dejarse sin efecto el derecho de rectificación del Decreto de 14-9-1953. o si tal derecho tiene vida propia e independiente de la mencionada norma; en definitiva, si se trata de una merced graciosamente otorgada por la Administración o nos encontramos ante un derecho sólidamente fundamentado en la dignidad humana y derechos personalísimos del hombre.

(207) Vid. Jesús Leguina Villa "La responsabilidad civil de la Administración Pública" págs. 232 y ss.

A los efectos de exposición, dividimos nuestro estudio en dos partes: en la primera, se trata de ver si en el ordenamiento jurídico-administrativo existen datos suficientes para poder configurar un Derecho de rectificación con independencia del Decreto de 11-9-1953; en la segunda, se trata de hacer la misma indagación en el -- resto del ordenamiento jurídico general.

II. Ordenamiento jurídico-administrativo.

Es sabido que^{en} la esfera de la actividad administrativa estatal la responsabilidad extracontractual no encuentra una fundación propia hasta la Ley de Expropiación Forzosa y Ley de Regimen Jurídico de la Administración del Estado. Una y otra dedican varios artículos a la responsabilidad derivada de los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos.

La cuestión de si los aludidos preceptos cubren los daños morales es algo perfectamente admitido en la doctrina; la cuestión es, sin embargo, que dichos artículos prevén una forma de reparación más estricta que la prevista en principio en el ordenamiento civil. En el orden administrativo la única responsabilidad que se regula es la patrimonial. El art. 120 y el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa formulan el principio en la forma siguiente:

"Cuando por consecuencia de, el particular dañado tendrá derecho a indemnización" (art. 120 L. E.F.). "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo precepto, toda lesión que los particulares -- sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

¿Quiere ello decir que la Administración sólo responde con su patrimonio, excluyendo cualquier otra forma de repara--

ción del daño causado? La respuesta tiene particular importancia en materia de daños morales dado que, en estos, la mejor forma de reparar el daño causado puede ser precisamente la rectificación, cuando se trata de daños producidos como consecuencia del contenido de las emisiones. En realidad ni el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa ni el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado afirman en modo alguno que el Estado sólo responde con su patrimonio. El concepto de responsabilidad es más amplio que el de responsabilidad patrimonial o pecuniaria. La redacción de los artículos correspondientes, conceden a los particulares dañados una indemnización pecuniaria, pero no en forma exclusiva; quiere decirse con ello que el que haya sufrido un daño moral por medio de la Televisión puede pretender, si quiere, una indemnización económica, habida cuenta de que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de valorar económicamente estos daños; pero la reparación del daño moral puede hacerse en este caso de forma diversa, que por otra parte es tradicional en nuestro derecho, como luego veremos, y no solamente es que pueda hacerse en forma diversa, sino que en la mayoría de los casos la forma más idónea de efectuar esa reparación será la rectificación. Piénsese que la valoración económica que se hace una vez producido el daño es una compensación más que una reparación auténtica o, para ser más exactos, la lesión del honor y fama de las personas puede tener repercusiones indirectas, además de en su fama lógicamente, en el patrimonio del perjudicado; tales lesiones patrimoniales indirectas pueden ser indemnizadas y además puede indemnizarse, o compensarse, el daño moral propiamente dicho; ambas indemnizaciones no son excluyentes como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-12-1949 (208). Ahora bien, así como los perjuicios materiales o patrimoniales derivados del daño moral no suscitan problema alguno, el daño moral sí que los ha suscitado en el sentido de -

(208) Citada por Castán "Derecho Civil español y foral" X edición Tomo I Vol. II pág. 360.

creer que el mismo no podía valorarse ni repararse; la admisión de la indemnización como forma de compensar, más que reparar, el daño, ha sido trabajosa; abrió brecha la sentencia de 6-12-1912 y después ha sido admitida en numerosas jurisprudencias. Es sintomático que el Tribunal en aquella primera sentencia se apresura a afirmar que:

"El Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de la equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la Ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos pero ya "preexistentes"."

Como se ve, el Tribunal era consciente del salto que daba sobre el concepto de reparación, dado que el dinero no reparaba un valor de tanta trascendencia como la fama o el buen nombre, no existía equilibrio entre el bien dañado y la indemnización; con ésta realmente no se reparaba, pero el menos se compensaba el daño ya realizado. Podía faltar entonces el precepto legal que amparase la obligación de indemnizar el daño moral. La Jurisprudencia ha llenado el posible vacío admitiendo la reparación por el daño moral, pero lo que no ofrece duda es que la forma más oportuna y más propia de reparar el daño moral es la rectificación, aunque ciertamente, en muchas ocasiones, el daño causado no puede repararse totalmente. Debe señalarse que en el caso de la Sentencia de 6-12-1912, la publicación que había lesionado el honor de una menor, había rectificado la noticia; a pesar de ello se considera que el daño ya se había causado y que la rectificación no podía reparar el daño dejando las cosas en el estado y ser que tenían anteriormente; lo que no cabe duda, sin embargo, es que de alguna forma la rectificación contribuirá a dejar las cosas en su situación, por

más que el viejo y malicioso dicho "calumnia, que algo queda" refleje esa imposibilidad de quitar totalmente las lesiones - del honor y la fama; pero nadie dudará de que rectificar es empezar a reparar; en definitiva, el concepto de reparación - del daño y de responsabilidad por el daño causado es más amplio que el de responsabilidad patrimonial a que se refiere el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 40 de la Ley de Regimen Jurídico de la Administración del Estado, los cuales no dicen que el Estado "sólo"responderá patrimonialmente, sino que el particular dañado "tendrá derecho". Por tanto administrativamente está regulada la responsabilidad -- patrimonial de la Administración, pero no existe pronunciamiento en contra de la existencia de otra forma de responsabilidad, como sería, en el caso de daño al honor y fama en la televisión, la rectificación.

Debe observarse que el hecho de que la Jurisprudencia haya aceptado la indemnización de los daños morales en nada empece la tesis que aquí se sostiene; en efecto, si un hombre resulta -- muerto como consecuencia del atropello por un vehículo oficial el daño que se produce en su vida es irreparable, pero además de este daño en su vida puede resultar afectado el patrimonio de las personas que de él dependen. Este segundo aspecto del daño no ofrece duda en cuanto a su indemnización. La indemnización del daño moral que supone la pérdida de la vida tampoco ofrece hoy dificultad, pero debe observarse que, en el caso propuesto, no existe otra forma posible de compensar el -- daño causado; en tal sentido la jurisprudencia que ha admitido la indemnización económica, puede considerarse progresiva y conforme a elementales principios de Justicia y Equidad, pero sería un error deducir de ello que la única forma de reparar los daños morales es la indemnización.

De todo lo expuesto, parece deducirse que no hay en el derecho administrativo norma alguna que impida la rectificación -- como forma de reparar los daños morales causados por la Televisión, pero tampoco existe una norma que específicamente la autorice, salvo que estimemos que los preceptos del Decreto

del 11-9-1953, que hemos examinado, serían aplicables, en el caso de que se entendiese que su ámbito se circunscribe exclusivamente a la radiofonía, a la televisión por extensión analógica, en cuyo caso podría decirse que el propio ordenamiento administrativo ante la laguna existente en materia de televisión acudía a la analogía para un supuesto muy semejante, como sería el de la rectificación en la actividad radiofónica. En ese supuesto, por tanto, nos encontraríamos con que el ordenamiento jurídico administrativo da una respuesta al problema que plantea la rectificación en televisión acudiendo a la norma circunscrita al campo de la radiofonía. Incluso podría afirmarse que el cumplimiento en forma específica está aceptado -- genéricamente en Derecho Administrativo, como se desprende "a sensu contrario" del art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo que admite las multas coercitivas para las prestaciones personalísimas. Sin embargo, a nuestro juicio debe continuarse la indagación en el resto del ordenamiento jurídico general, que puede contribuir a reforzar el argumento de la -- aplicación del derecho de rectificación en materia de televisión.

III, En el resto del Ordenamiento Jurídico.

La regulación de la responsabilidad extracontractual está recogida en normas diversas. El texto básico al efecto lo constituye el Código Civil en cuyo art. 1089 se refiere a las fuentes de las obligaciones; entre ellas están, a los efectos que nos interesan, la ley y los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. El concepto de lo ilícito varía según que se contemple desde la perspectiva de quién tiene que sufrir la actividad ilícita (para éste, ilícito será todo lo que lesione sus derechos sin permiso legal; lo que no está permitido es ilícito), o desde la perspectiva del agente causante de la misma (para éste, ilícito sólo es lo prohibido; sólo lo que está prohibido es ilícito). El art. 1092 del Código Civil parece consagrar la segunda perspectiva en el enfoque de lo ilícito cuando se remite al Código Penal para la regulación de las obligaciones que nazcan de

los delitos o faltas, sin que exista ningún otro precepto - dentro del capítulo I, título I, libro IV del Código Civil dedicado a desarrollar el concepto de actos y omisiones -- ilícitas; de lo que parece desprenderse que tal concepto es equivalente para el legislador al de delito o falta, único desarrollado en el capítulo mencionado al margen del tema de la culpa o negligencia no constitutiva de delito.

Tenemos así que, en defecto de contrato o cuasi-contrato, - una persona puede resultar obligada frente a otra en virtud de la ley, de delito o falta y de culpa o negligencia.

a) Culpa o Negligencia no delictiva.

Tradicionalmente, cuando una persona causa daño a otra, se acude al art. 1902 del Código Civil para fundamentar su obligación de reparar el daño. La exigencia de culpa o negligencia constituye, sin embargo, un grave obstáculo para obtener la reparación; así la doctrina ha postulado una inversión de la perspectiva, fijándose, no en el elemento subjetivo, sino en la lesión como fundamento de la obligación de reparar. El legislador en muchos casos ha saltado también sobre la culpa como fundamento de la responsabilidad para fijarse simplemente en el daño y la imputación: así ha ocurrido en el campo de los accidentes laborales y en el de tráfico. El criterio de la culpa se ha abandonado siendo sustituido por el principio del riesgo.

Por lo que respecta al Estado y antes de la Ley de Expropiación Forzosa y L. R.J.A.E., es sabido lo difícil que era hacer responsable al Estado de los daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus cargos. El problema fué resuelto progresivamente por las leyes mencionadas, pero sólo en lo que afecta a la responsabilidad patrimonial de la Administración; la obligación de hacer que supone la rectificación en materia de televisión no está incluida en los preceptos mencionados, como - más arriba hemos visto, y por tanto, los mismos no podrán nunca fundamentar el derecho de rectificación del particular, aunque tampoco lo destruyan. Quiere esto decir que si hemos de venir al ordenamiento común a buscar apoyo en la obligación de -- rectificar, podemos encontrarnos con los mismos obstáculos formidables que antaño existían para responsabilizar con caracter

general a la Administración. (209)

Dejando aparte los obstáculos procesales que los Tribunales puedan plantear para evitar entrar en el fondo del asunto, (), desde un punto de vista sustantivo los obstáculos tradicionales eran dos: en primer lugar que el Estado, que persigue un fin público con sujeción a la ley, no puede querer nada al margen de esa ley y de esa finalidad, y por tanto, - si en la práctica existe alguna desviación, sólo al funcionario puede ser achacada (); es el viejo principio "King - can not do wrong". En segundo lugar, que el Estado sólo responde cuando actúa por medio de un agente especial.

Si como más arriba hemos dicho, hay que acudir a estos preceptos para poder fundamentar un derecho de rectificación no cubierto por la L. E.F. y L. R.J.A.E., las antiguas dificultades podrían tal vez volver a plantearse. Por lo que respecta al segundo obstáculo (responsabilidad sólo por agente especial), parece que no; y no sólo por virtud de que en realidad como ha señalado el profesor García de Enterría () la interpretación que en tal sentido hacían los Tribunales del art. 1903 no era la correcta, sino también porque sería absurdo -- que en la actualidad los daños causados por los funcionarios se imputasen al Estado sólo a efectos de reparación patrimonial, por el juego del art. 40 L. R.J.A.E., y no a todos los efectos, entre los que puede destacarse la obligación de rectificar en la televisión. Además, nos encontraríamos que si la noticia dañosa se debía a una persona contratada, el Estado respondería por el párrafo 4º del art. 1903 y, si se trata se de un funcionario en lo que excediese la actividad televisiva del contenido de su cargo, se consideraría agente especial.

En definitiva, creemos que en la actualidad el 2º obstáculo tradicional carecería hoy de virtualidad, dado que, de lege data, se imputan a la Administración los daños de sus agentes funcionarios empleados a efectos de reparación patrimonial y dado que, por otra parte, la actividad empresarial de la ---- --

(209) Sobre la posibilidad de admitir la rectificación como forma de reparación, aparte de los problemas de culpa que más abajo se examinan, Santos Briz la admite sin lugar a dudas en su "Derecho de Daños", págs. 209 y 210.

televisión hace aparecer la figura de la Administración Empresario que cae dentro del párrafo 4° del art. 1903.

En cuanto al primer obstáculo, el hecho de que la reparación patrimonial se admita al margen de cualquier idea de culpa o negligencia por haberse configurado en forma objetiva en las leyes mencionadas, hace difícil concebir que la reparación consistente en un hacer tenga otro fundamento; es decir, el fundamento de la indemnización patrimonial es la responsabilidad del Estado y el fundamento de la rectificación es esa misma responsabilidad; la diferencia está en el modo de respon-der pero no en la genérica obligación de reparar el daño -- causado. De esta forma, si bien el art. 40 L. R.J.A.E. regula sólo la indemnización como forma de reparación, no es menos cierto que de alguna manera ello afecta a la responsabilidad del Estado en su conjunto; es decir, si el Estado indemniza, es porque previamente se le ha imputado un acto dañoso y se ha considerado que debe responder de las consecuencias de - ese acto, al margen de toda idea de culpa o negligencia.

Por tanto, viniendo al objeto de nuestra tesis, si en una emisión de televisión se imputan a una persona hechos falsos que afectan gravemente a su fama, sin mala fé ni culpa de la Emisora, resultará que esa persona al amparo del art. 40 de la L. R.J.A.E. podrá solicitar una indemnización económica por los daños morales que se le han causado. Si esa persona pide en cambio que se rectifique la noticia en la propia televisión, nadie podrá decirle que el Estado no responde en ese caso por no existir culpa de la Emisora; sí se le podrá decir, sin embargo, tal vez, que el Estado es responsable del daño pero -- que sólo está obligado a repararlo mediante indemnización patrimonial.

Es decir, la responsabilidad objetiva del art. 40 L. R.J.A.E. altera totalmente el planteamiento de la responsabilidad del Estado que deviene así responsabilidad objetiva en todo caso. Al particular podría negársele la rectificación por entender que la misma no es aplicable a la Administración, al tener que acudir al Código Civil, pero no porque el Estado no sea - responsable al no existir culpa o negligencia; pues se daría

la paradoja de que por un mismo hecho el Estado sería responsable o no, según el tipo de obligación que naciere de esa responsabilidad: obligación de compensar (indemnizar) u obligación de reparar (rectificar).

Lo anteriormente expuesto demuestra la posibilidad de aplicar el art. 1902 para fundamentar la obligación de rectificar por daños causados por la actividad televisiva. Planteando así el problema ante un tribunal, luego veremos de qué jurisdicción, éste no haría función legisladora, sino que aplicaría la ley si estimase que la forma mejor de reparar el daño era la rectificación; esto parece incontrovertible (2/0) en el caso de culpa o negligencia de la Administración. En los casos de ausencia de culpa, creemos, como ya se ha expuesto, que sería procedente el mismo derecho de rectificación.

- Problemas procedimentales y jurisdiccionales.

Venimos hablando en este epígrafe del derecho de rectificación en normas civiles, pero es preciso hacer una matización importante con caracter general y al margen de nuestro concreto ordenamiento jurídico: a saber, que en defecto de normas específicas, ese derecho no tiene cauces procedimentales propios, sino que habrá de seguir los trámites normales que las leyes de Procedimiento marquen, lo cual nos indica ya, las grandes diferencias que existen entre un derecho de rectificación regulado administrativamente y un derecho de rectificación basado en las normas civiles. De ahí, la importancia de esa regulación administrativa de la materia, cuya omisión puede hacer inefectiva la rectificación en muchos de los supuestos. Pero no sólo desde la óptica de los administrados es conveniente la regulación administrativa de la rectificación, sino también desde la óptica de la propia Administración que establecería así plazos más cortos para el ejercicio de ese derecho: unos días, una semana, etc., en lugar del año que nuestro ordenamiento, por ejemplo, establece.

En nuestro ordenamiento, la cuestión procedimental presenta caracteres propios en algunos casos, como luego veremos, por la incidencia del ordenamiento penal. Sin embargo, en otros habría que acudir a la normativa de la Ley de Procedimiento Administrativo; pero el cauce procedimental depende de la naturaleza del derecho y por tanto también de la cuestión de la com

petencia; si se estima que se trata de una acción fundada en el Derecho privado, habría de hacerse una reclamación previa de los del art. 138 y siguientes de la L. P.A.; si, por el contrario, se piensa que es una cuestión sujeta al Derecho Administrativo, el procedimiento será el general de la Ley citada. El problema puede ser fuente de dudas y malentendidos y no vamos a pretender aquí dogmatizar en el tema. En principio, la solución más fácil parece la de considerar que se trataría de una acción fundada en el Derecho privado, por razón del derecho afectado y -- por razón de la norma que ampara la rectificación; además esta interpretación traería consigo un procedimiento más ágil en vía administrativa. Pese a lo dicho, debe consignarse que la Jurisdicción contencioso-administrativa ha conocido de demandas de responsabilidad de la Administración anteriores a la L. E.F. y L. R.J.A.E., en concreto la Sentencia de 2-10-1934 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (210), que condenaba a la Administración a indemnizar al propietario del laúd "Mi Paquito", por los daños causados en el mismo durante el comiso provisional -- por razones de contrabando, en base a preceptos civiles, en concreto los artículos del Código Civil que regulan el depósito necesario. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, que se consideró competente para conocer del recurso, alegaba que "regida la relación jurídica que el comiso representa por una ley especial, su silencio respecto al punto concreto de que se trata, debe ser suplido por las disposiciones del Código Civil". En definitiva, es lo que se ha llamado el manejo táctico del Derecho Civil por el Derecho Administrativo que transforma tal derecho en Derecho Administrativo. (212). El profesor Martín Retortillo ha puesto de relieve cómo "la responsabilidad patrimonial no tiene que ser civil o administrativa; tiene que ser simplemente una responsabilidad, un deber de resarcimiento admitido en el ordenamiento jurídico" (211)

(210) El profesor Albadalejo ha señalado cómo la indemnización por daños morales no es propiamente la reparación de 1902, sino una compensación de algo que es irreparable, señalando el papel que la indemnizabilidad de tales daños han jugado los principios generales del derecho. La rectificación, sin embargo, sí que está amparada en el art. 1902.

(211) Citada por L. Martín Retortillo en "Responsabilidad de la Administración y Jurisdicción" pág. 188.

Un ejemplo puede ponerlo de manifiesto: si en la ejecución de un contrato administrativo, el contratista, en defecto de norma aplicable, acude al Código Civil para exigir un derecho, no son los Tribunales Civiles los que han de conocer de esa pretensión por más que el contratista invoque un precepto civil, ya que la relación en su conjunto es una relación de carácter administrativo. Igual ocurre a nuestro juicio con el tema de la responsabilidad y en concreto con la rectificación; si ésta se funda en un daño ocasionado en el desenvolvimiento de un servicio público, la jurisdicción contenciosa-administrativa es la competente, pues el acto de conceder la rectificación o negarla está sujeto al derecho administrativo en la medida en que la forma en que ha de desarrollarse un servicio está regulada por un ordenamiento propio, que en lo no previsto asume el resto del ordenamiento jurídico y lo administrativiza; tal opinión, que a nuestro juicio es la lógica, supone una mayor dilación en la tramitación de la pretensión del afectado desde el momento que supondría la aplicación a la tramitación de estas pretensiones de procedimiento general de la Ley de P.A. Sin embargo, en la fase jurisdiccional, la competencia de la jurisdicción administrativa, no tratándose de responsabilidad patrimonial, puede plantear dificultades si se actúa por la vía del ar. 1º de la Ley (actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo) puesto que podría alegarse que la rectificación o su denegación no es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho ADMINISTRATIVO.

Como se ve, el problema jurisdiccional no puede tener una solución clara, tanto menos cuanto que ni siquiera hay jurisprudencia sobre este punto, lo que hace más difícil la labor del intérprete. Pese a todo ello y conscientes de las dificultades que implica, nos parece más coherente la idea de una jurisdicción contencioso-administrativa juzgando de todos estos problemas de la rectificación.

B) La rectificación en base a preceptos del Código Penal.

Indicamos antes cómo, de acuerdo con el art. 1092 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los delitos o faltas se

(212) José Luis Villar Palasí.

(212) L. Martín Retortillo "Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Jurisdicción" pág. 203.

regirán por las disposiciones del Código Penal. Conforme al art. 1° de éste, son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley. En la esfera penal, las acciones u omisiones se presumen voluntarias mientras no se demuestre lo contrario. Quiere ello decir, que cuando una persona desarrolla una conducta típica, se presume que la misma es voluntaria; tiene esta presunción gran trascendencia desde el punto de vista civil dado que da lugar a una modificación en el juego de la carga de la prueba; si una persona ha desarrollado una conducta tipificada como delito y no se ha podido probar que la misma fuera involuntaria, se reputa voluntaria. Como se ve, ante una conducta típica, no sigue pesando sobre el perjudicado o sobre el Ministerio Fiscal, la carga exclusiva de demostrar la voluntariedad de la acción, lo que no quiere decir tampoco que se invierta la carga de la prueba; basta con que se pruebe, sin embargo, que la acción ha sido desarrollada por una persona determinada. En el proceso penal, a diferencia del civil, la prueba no es algo que quede al arbitrio de las partes; de ahí que cuando alguien comete una acción típica penada en la Ley, si esa comisión o imputación de la acción a una persona se demuestra, y no consta la involuntariedad de la misma, se presume su carácter voluntario; existe por tanto el delito o falta y también la responsabilidad.

Pues bien, en la esfera del Derecho Penal, existen una serie de conductas penadas por la ley que pueden tener trascendencia a los efectos de la rectificación.

Importancia, en primer lugar, por poner de manifiesto que la reparación de los daños en el honor y la fama ha sido tradicionalmente la retractación y rectificación y aún hoy día sigue siendo; importancia también, y sobre todo, por poder construir de lege data un derecho de rectificación rápido en base a normas penales y para algunos supuestos.

Pero antes de entrar en estos dos aspectos, convendría hacer, aunque sea sucintamente, una relación de delitos y faltas que, por lesionar alguno de los bienes protegidos por el derecho de rectificación, puedan dar lugar a la misma.

Entre los delitos, podemos señalar las injurias y calumnias del art. 453 en su forma dolosa y del art. 564 en su forma culposa.

Entre las faltas, los artículos 566, 585 n° 1 y n° 5, 586 n° 1 y n° 3 (forma culposa simple de cualquier delito o falta).

Enumerados así los preceptos que se van a examinar, pasamos a estudiar cómo en nuestro derecho tradicional, la reparación ha sido la regla en los delitos contra el honor y la fama, para terminar después con lo referente a la posibilidad de construir desde preceptos del Código Penal el derecho de rectificación.

a) En nuestro derecho histórico, las faltas contra el honor y la fama han tenido un tratamiento singular propio de la naturaleza del bien jurídico protegido.

La partida 7a. Ley 1a. Título 9° ya disponía "que cualquiera que reciba tuerto, o deshonor, que pueda demandar enmienda della en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera, que paga el que lo desonre, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que lo fizo el tuero, que sea escarmentado por ello...."

También el Fuero Juzgo había regulado específicamente las lesiones del honor (Libro XII, Título III, leyes 1a. a 6a.).

Una de las sanciones más habituales en estos casos era la de la pública retractación (cantar la palinodia) que encontró acogida en muchos fueros como los de Cuenca, Zorita y Alcazar (213).

También la Novísima Recopilación se refiere a la retractación tomándola del Fuero Real (Ley 2, Título 3, Tomo III) en la Ley del Título XXV, libro XII, en la forma siguiente:

"El que llamare a otro gato, sodomético, cornudo, traidor o hereje ... desdígalo ante el Alcalde y ante hombres buenos al plazo que el Alcalde lo pusiere y peche trescientos sueldos, y si fuese hijodalgo el que dixere los dichos denuestos no sea condenado a que se desdiga por ello".

Como se ve, la retractación se reserva a los casos de mayor gravedad, si bien en muchos Fueros, en los casos más leves la retractación era facultativa.

Merece destacarse la exclusión de los hijosdalgos de este -- regimen de retractación; pero en cualquier caso puede verse cómo se estimaba ya cómo la forma más adecuada en ciertos ca sos de lavar el honor manchado; la retractación, pues, no puede considerarse una reminiscencia talionar cómo ha señalado Quintano Ripollés (214), ya que la retractación no perseguía el - deshonor del que se retractaba como ocurría en los Derechos -- germanos en que al que hacía la deshonra se le obligaba a hacer hechos infamantes (andar a cuatro patas, ladrar, etc.).

Los Códigos Penales del pasado siglo van a reflejar de diversas formas esta idea tradicional.

El Código Penal aprobado por Decreto LVI de 8 de junio 1822, con tenía en su segunda parte, título segundo, un primer capítulo sobre las "calumnias, libelos informativos, injurias y revelación de secretos confiados"; aparte de los defectos que pueda presentar tal capítulo, lo que se quiere señalar es cómo se recogía la retractación y la satisfacción como una de las penas características de este tipo de delitos (art. 699 a 718). El art. 83 del mismo texto establecía la forma de hacer la retractación y satisfacción pública ante el juez y escribano y en audiencia - pública a la que podían asistir todos. Por su parte, el art. 592 núms 6 y 7 establecía, además de otras, las mismas penas - para los librereros e impresores.

Sin embargo, la satisfacción y retractación pública van a reve larse insuficientes en una sociedad que va evolucionando y cre ciendo demográficamente, especialmente cuando el delito contra el honor se comete por medio de la imprenta.

Así, el Código Penal de 1848, con la reforma de 1850, van a -- excluir del ámbito del Código Penal los delitos de Imprenta, entre otros (art. 7).

Como diría Pacheco, la razón de su exclusión era de pura con veniencia derivada del caracter político, y por tanto, cam biante, de las leyes de Imprenta; ello no quita que el Código Penal de 1848 no regule delitos que pueden cometerse por medio de la imprenta, como las injurias y calumnias, y así, su art. 377 impone a los editores la obligación de insertar en el tér-

(214) Tratado Derecho Penal, Tomos I y II, 2a. edición pág. 163

mino que señalan las leyes la satisfacción o sentencia condena-
toria si lo reclama el ofendido. Tal obligación no es propia---
 mente una pena, pues no figura como tal en el catálogo de pe--
 nas, sino una obligación derivada de un delito. Tal obligación
 no puede confundirse con la rectificación aunque en parte ----
 persiga su misma finalidad. La rectificación, como derecho del
 ofendido por la imputación de hechos falsos, al margen de la -
 intencionalidad deshonrosa, va a ser recogida en la legislación
 especial de prensa en la que llega hasta nuestros días (leyes
 de imprenta de 13-7-1857 y de 26-7-1883).

Esta breve digresión sobre el siglo XIX muestra la importan--
 cia que la satisfacción pública condena tiene como forma de la
 var las manchas del honor causadas por delitos.

Al margen de tales delitos y, por tanto, de toda intencionali-
 dad de los imputadores, está la atribución de hechos falsos
 considerada objetivamente, es decir, al margen de cual sea la
 finalidad del agente, cuya satisfacción se logra por medio de
 la rectificación de las leyes de prensa. La iniciación de la
 radio en 1923 hace que falten textos análogos a los de la le--
 gislación de Prensa en el campo de la Radiodifusión. El tema
 no se regula en absoluto y, sin embargo, cabe preguntarse si
 ese conjunto de normas del ordenamiento que prevén la recti-
 ficación, retractación o satisfacción respecto de actos con-
 tra el honor, no está indicando que el derecho positivo reco-
 noce que la forma más adecuada de reparar el honor mancillado
 es precisamente rectificando públicamente; de ahí que el art.
 1902 del Código Civil, cuando habla de reparar el daño cau-
 sado, quiera decir precisamente eso, reparar, no compensar,
 y por tanto quien causa ese daño y al margen de toda idea -
 de culpa o negligencia, aunque en materia referente al honor
 es difícil concebir una lesión del honor por caso fortuito,
 está obligado a reparar, esto es a rectificar, pues ésta es
 la forma de reparación más admitida en el ordenamiento jurí-
 dico en casos análogos.

Esta es por otra parte la idea recogida en nuestro Código Pe-
 nal de 1944 en cuyo art. 566, último párrafo, extendía a la
 Radiodifusión preceptos pensados inicialmente para la Pren-
 sa.

El art. 566, último párrafo, y el derecho de rectificación.

Nuestro Código Penal de 1944, y después la revisión de 1963, así como el reciente texto refundido del mismo, contienen - un artículo (566) de singular importancia en orden a la rectificación.

Dice así este artículo:

"Art. 566. Incurrirán en la pena de multa superior a 100 - pesetas é inferior a 5.000:

1.- El Director de un periódico en el cual se hubieren anunciado hechos falsos, si se negare a insertar gratis, dentro del término de tres días, la contestación que le dirija la persona ofendida o cualquier otra autorizada para ello, rectificándolos o explicándolos, con tal que la rectificación no excediere en extensión del doble del suelto o noticia -- falsa.

En el caso de ausencia o muerte del ofendido, tendrán igual derecho sus hijos, padres, hermanos o herederos.

2.- Los que por medio de la imprenta, litografía, u otro - medio de publicar, divulguen maliciosamente hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios o graves disgustos en la familia a que la noticia se refiera.

3.-

4.-

5.-

6.º Los que publicaren maliciosamente disposiciones, acuerdos o documentos oficiales, sin la debida autorización, antes de que hayan tenido publicidad oficial.

Las disposiciones anteriores son aplicables a las estaciones radioemisoras y a los demás medios de publicidad.

La lectura de este precepto no puede dejar lugar a dudas de que la televisión está comprendida entre las "radioemisoras y los demás medios de publicidad" y, por tanto, es de aplicación a la misma lo dispuesto en el nº 1 del citado art. respecto a la rectificación en la Prensa por mandato expreso - del nº 6 in fine. Claro que, alguien podría objetar que la -

extensión dispuesta en el n° 6 in fine se refiere sólo a la primera parte de ese número sin comprender a los números -- anteriores. Sin embargo, en este caso, no sólo una correcta interpretación lógica y gramatical llevaría a aceptar la -- aplicación a los cinco números anteriores (puesto que se -- habla de las disposiciones anteriores en plural), sino que, además, de derecho positivo es ésta la realidad.

En efecto, en el Código Penal de 1944, el art. 566 tenía un contenido semejante al actual, en el que la referencia a las estaciones radiodifusoras se hacía de la misma manera con la única diferencia de que el texto de 1944 tenía únicamente cinco números.

Después de tales cinco números se hacía la indicada referencia a los medios radioemisores; todo ello ponía claramente de manifiesto que este último párrafo se refería a todos los números del artículo y, por tanto, también a la rectificación del n° 1 del mismo.

¿Por qué en la actualidad este último párrafo aparece unido al final del número sexto, pudiendo confundir sobre su alcance? ¿Se trata de una modificación legislativa hecha con intención de limitar su alcance?. Para responder a esta pregunta, debe hacerse constar que la primera modificación con respecto al Código de 1944 a este respecto, aparece en el texto revisado de 1963, aprobado por Decreto de 28 de marzo de 1963. Este texto revisado, se dictaba en cumplimiento del art. 3° de la Ley de Bases de 23-11-1961 para la reforma del Código Penal, que ordenaba hacer tal texto con las modificaciones ocurridas desde 1944 hasta la Ley de Bases y con las reformas que la misma Ley ordenaba; así pues, en cumplimiento de la referida Ley de Bases hubo dos Decretos: uno, el Decreto 168 de 24 de enero de 1963, que introducía las modificaciones a que se refería la Ley de Bases, y otro, el Decreto de 28 de marzo de 1963 que con esas modificaciones y con las anteriores a la Ley de Bases hacía un texto revisado único.

El Decreto 168 de 24-1-63 sólo retocaba el art. 566 en forma que no alteraba la redacción del art. según el Código del 44, lo que por otra parte, no hubiera podido hacer por no estar autorizado en la Ley de Bases expresamente el modificar

tal artículo. El retoque consistía en que el n° 4 del citado artículo (texto de 1944) se dividía en el texto del 1963 en dos: los artículos 4 y 5 del art. 566, especificándose en el Decreto 168 que el que antes era el 5°, pasaba a ser el párrafo 6°; el segundo Decreto de 28-3-63, publicado en el BOE de 8-4-63, daba ya la redacción actual en que la referencia a las radioemisoras se indica en el número sexto; el segundo Decreto de 28-3-63, publicado en el BOE de 8-4-63, daba ya la redacción actual en que la referencia a las radioemisoras se indica dentro del número -sexto. Así pues, la reforma del 63 no modificó el alcance del art. 566, ni tampoco podía hacerlo, ya que la Ley de Bases no hubiera autorizado la modificación de ese artículo. Parece que se trata de un error que puede atribuirse, tal vez, al hecho de que el primer Decreto 168/63, al ordenar que se corriese el antiguo n° 5 "al párrafo 6", como consecuencia de la división del -- antiguo 4 en dos, dió pié al Decreto de 28-3-63 para incluir como párrafo (en parte) sexto, lo que antes quedaba fuera de esos párrafos numerados, como párrafo último sin numerar.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que la Ley de Bases no autorizó al Ejecutivo para reducir el alcance del art. 566 del Código Penal que ni siquiera menciona (2/5) y, por tanto, la inclusión incorrecta por la Administración, incluso gramaticalmente, del último párrafo dentro del núm. 6, no puede afectar a la legalidad en vigor desde el momento en que un Decreto no puede alterar una norma con rango legal, salvo que cuente con expresa autorización y se mueva dentro de tal autorización, lo que aquí no ocurre.

Tenemos pues, que el art. 566 n° 1, en relación con el n° 6 in fine, impone una pena al Director de una emisora que no rectifique en el plazo de tres días una noticia falsa. Así, la conducta del art. 566 n°1 y n°6 es una conducta prohibida por la ley, puesto que se sanciona penalmente; ello configura la obligación de la conducta contraria: rectificar en el plazo de tres días los hechos falsos a que se refiere el n° 1. Hay, por tanto, una conducta obligatoria, cuyo incumplimiento da lugar a una sanción penal. Esa sanción penal pone de relieve la obligación de comportarse de una determinada manera; obligación de carácter civil, puesto que la misma no es una pena y tiene autonomía -- respecto de las consecuencias penales de su incumplimiento; es decir, quien en el plazo de tres días no hace la rectificación (2/5) El fundamento de la revisión es o í ser la au-

del art. 566, incurre en responsabilidad penal, pero su obligación de rectificar sigue subsistente, es una obligación - que el Código da por supuesta: el que anuncia hechos falsos está obligado a rectificar y si no lo hace en el plazo de tres días desde que se le ha enviado la contestación por el ofendido, incurre en responsabilidad penal".

El tipo penal presupone una conducta obligada, cuyo incumplimiento sanciona; por ello, el cumplimiento de esa conducta no puede exigirse en el mismo procedimiento penal, ya que no se trata de una obligación nacida de un delito o falta, sino justamente al revés, de una falta que nace del incumplimiento de una obligación. La falta no es el anuncio de hechos falsos sino la negativa a rectificarlos.

Debe observarse, por otra parte, que el tipo de falta del art. 566 n° 1, se configura en parte y formalmente; se precisan tres requisitos:

- a) El anuncio de hechos falsos.
- b) La rectificación de la persona ofendida u otras personas, que no exceda del doble de lo que se rectifica.
- c) La negativa a insertar la rectificación en el término de 3 días.

El primer requisito no necesita para darse que el anuncio de hechos falsos haya sido doloso o culposo, basta que ese hecho se haya dado, justamente lo que hace el legislador es trasladar esa dimensión subjetiva al momento en que se pide la rectificación, en el cual su negativa a hacerlo, sabiendo se que existe un presunto ofendido y unos hechos falsos, revela la conducta dolosa del que así actúa. Como se ve y, por lo que respecta al honor y la fama de los particulares, al no configurarse el anuncio de hechos falsos como delito, no puede decirse que la obligación de rectificar nazca de delito o falta alguna, puesto que ésta no existe; la obligación es un presupuesto civil de la falta que surge después si no se rectifica. Así pues, en nuestro Código Penal, la difusión de noticias falsas no está sancionada en forma absoluta é incondicionada y así, el artículo 252 - - - - -

() ...torización genérica para corregir defectos de estilo y contradicción.

- del referido texto, único que específicamente se refiere a la difusión de noticias falsas, exige, además, un propósito de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado.

"El que con propósito de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado, de cualquier manera, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos desfigurados o tendenciosos".

Por tanto, la publicación de un hecho falso que afecta a tercero no es delito o falta salvo en dos supuestos, naturalmente: cuando sea tipificable como injurias o calumnias. Pero la falta que sanciona el art. 566, repetimos, no es la publicación de un hecho falso constitutivo de injurias y calumnias sino, simplemente, la publicación de un hecho falso; si además es constitutivo de injurias y calumnias es otra cuestión. La pregunta que podemos plantearnos es si en un caso de injurias y calumnias por imputación de hechos falsos, sigue siendo procedente la rectificación o las acciones penales absorben el derecho de rectificación. Debe señalarse a tal respecto que la falsa imputación de un hecho constitutivo de calumnia e injuria, no impide la aplicación del art. 566 del Código Penal que lo que sanciona no es la conducta injuriosa o calumniosa sino la negativa a rectificar hechos falsos, lo que indica, que la obligación de rectificar es independiente de la intención con que se han imputado los hechos y, por tanto, de la sanción penal propia de la injuria o de la calumnia.

Cuando la calumnia o injuria no se realiza mediante la imputación de hechos falsos, sino valorando conductas o con frases de desprecio que no suponen imputación de hecho -- falso ninguno, las personas afectadas no tienen derecho de rectificación; únicamente podrá el injuriante retractarse o podrá exigir el injuriado la publicación de la sentencia condenatoria pero todo ello no pertenece ya a la rectificación propiamente dicha, sino a la retractación o satisfacción.

Procedimiento y Jurisdicción.

Decimos que el art. 566 núms. 1 y 6, presupone una obligación de rectificar, cuyo incumplimiento sanciona. Que tal obligación no es una pena, es algo obvio desde el momento - que no aparece en el catálogo de penas del Código Penal. Tampoco es una obligación civil nacida de delito, pues hemos visto cómo el Código Penal parte de la existencia de esa obligación para sancionar una conducta delictiva consistente en su incumplimiento. Nos encontramos portanto, frente a una obligación civil, cuyo fundamento está en los principios ordenadores del ordenamiento jurídico y en concreto en el principio de la responsabilidad por hechos dañosos como fuente de las obligaciones. La cuestión es entonces cuál es la vía para conseguir la efectividad de la rectificación en el supuesto que la emisora no acceda a efectuarla voluntariamente y al margen, naturalmente, de la pena procedente derivada de tal negativa. En nuestra opinión, y con ello reiteramos nuestra postura expuesta más arriba, es indiferente que la obligación esté recogida en el Código Penal o en el Código Civil, lo relevante es saber con ocasión de qué actividad ha surgido el hecho dañoso; si se trata de una actividad administrativa, el cauce procedimental y procesal adecuado es el administrativo; si se trata de una actividad civil, el cauce será el propio y peculiar del Derecho Civil, con las singularidades derivadas de la presencia de un ente público. No puede hablarse de una responsabilidad civil o administrativa cuando en defecto de norma exactamente aplicable en el ámbito administrativo, hay que acudir a la normativa civil. La actividad administrativa tiñe todo lo que toca de su peculiar color.

" . CONCLUSIONES GENERALES . "

CONCLUSIONES GENERALESPrimera.-

La Televisión en España carece de una normativa específica; existen, eso sí, muchas normas dispersas que regulan la actividad pero sin formar un conjunto coherente y armónico. En realidad, el ordenamiento básico aplicable es el mismo que el de la radiodifusión, con la particularidad de que las normas fundamentales de ésta-Ley de 26 de Junio de 1.934, Reglamento de 22 de Noviembre de 1.935 y Decreto de 8 de Diciembre de 1.932 - pertenecen a un período en el que la Televisión apenas se vislumbra (así en el artículo 1º del Reglamento) pues solo empezará a ser una realidad en la segunda mitad de la década de los años cincuenta.

La aplicación a la Televisión de las normas dictadas para la radiofonía no se hace sin embargo por aplicación análoga, sino porque el genérico término "radiodifusión" que en ella se contiene, comprende tanto los sonidos, como las imágenes y por ello, el reglamento del año 35 va a emplear tal término en su pleno sentido que, por otra parte, era el aceptado en los convenios internacionales como el de Madrid de 1.932, que por disposición constitucional formaban parte del ordenamiento interno.

Por consiguiente, el ordenamiento de la Televisión es común con el de la radiofonía, al menos en sus normas esenciales. De ello, se siguen importantes consecuencias, de las que la primera es que, considerándose la Radiodifusión como toda Telecomunicación por ondas hertzianas, quedan al margen de la ley de 26-Junio de 1.934 la distribución de imágenes por cables o las video-cassettes.

Hechas las anteriores afirmaciones, hay que subrayar sin embargo que, aunque la ley de 1.934 se considera hoy día vigente como han reconocido algunas disposiciones administrativas, lo cierto es que todo funciona como si en realidad tal ley no existiese; de ahí la falta de claridad que presenta toda la ordenación de la actividad radiodifusora y la discrecionalidad absoluta de la Administración.

Segunda.-

La Ley de 26 de Junio de 1.934 es la primera norma que con rango suficiente consagra el monopolio del Estado sobre la actividad radiodifusora, si bien, con alcance limitado; las normas anteriores que se habían referido al monopolio, o carecían de rango o, se referían a otro tipo de actividades (telegrafía telefónica), aunque la Administración por vía reglamentaria quiso extender su ámbito a la Radiodifusión.

El artículo primero de la Ley dispone, que, "el servicio de Radiodifusión Nacional es una función esencial y privativa del Estado"; el carácter privativo del servicio se predica no tanto de la Radiodifusión de ámbito nacional; la local y la regional tienen un régimen distinto (artículo 4 de la Ley). La Ley utiliza los términos servicio y función; parece que en realidad este último se emplea sin mucha precisión desde el momento que el propio artículo segundo nos habla de la posibilidad de conceder la organización y ejecución de programas y, por su parte, el artículo primero del Reglamento define la Radiodifusión como uno de "los servicios que correspondan a la Subsecretaría de Comunicaciones".

Por tanto la Radiodifusión de ámbito nacional (pero sólo esta) es un servicio público del Estado que éste presta en régimen de monopolio y sin perjuicio de las facultades de éste de concederlo; dicho monopolio comprende tanto la radiofonía como la Televisión siempre que una y otra se difundan mediante ondas hertziadas.

En la práctica, el monopolio del Estado es absoluto en lo que respecta a la Televisión, no así en materia radiofónica, en que existen emisoras de ámbito local pertenecientes a particulares en una situación no muy definida, a medio camino entre la concesión y la simple autorización, aunque más próxima a esta.

La posibilidad de una Televisión privada de ámbito local o por cables no es así contraria al monopolio del Estado en la forma que aparece consagrado en esta normas.

Tercera.-

Lo característico del servicio de Televisión que ampara el artículo primero de la Ley de 1.934 es, junto al monopolio, la naturaleza de las prestaciones y el interés público que se satisface: la difusión de informaciones, opiniones, comentarios, variedades, cultura, etc.

Debe observarse que la Televisión es en definitiva un medio de comunicación social y que, de acuerdo con el Fuero de los Españoles y con nuestra tradición constitucional, la libertad de expresión por cualquier medio es un derecho fundamental de la persona humana; el monopolio del servicio supone una limitación de esa actividad y ello, solo puede justificarse en razón a que el monopolio del Estado garantiza mejor ese derecho que una absoluta libertad, que solo conduciría por razón de la limitación de ondas y de los elevados costos de instalaciones, a un monopolio de hecho de los económicamente poderosos; este ha sido, por otra parte, el argumento utilizado en todos los países de monopolio del Estado para justificarlo: el de que, dada la limitación de ondas y los elevados costes, el Estado se haya en la mejor situación para ser él quien monopolice de derecho la actividad, en lugar de los grupos de presión pues en definitiva el Estado representa a la Sociedad.

Sin perjuicio de señalar que la limitación de ondas está desapareciendo con los avances de la técnica (fundamentalmente con la utilización de los cables) y de que, como se ha señalado, en todo caso siempre será mejor el oligopolio que el

monopolio absoluto, lo cierto es que esa fundamentación del monopolio, que es la única posible, comporta una serie de exigencias. Si se limita un derecho fundamental (la libertad de expresión y la libertad de industria), para garantizarlo mejor, hay que organizar el servicio en forma tal que pueda cumplir con esa finalidad; pero la información o la cultura son conceptos y actividades tan plurales y tan transidas de política que el Estado y sus agentes pueden sentir la tentación de olvidarse de la razón por la que se instituyó el monopolio, usándolo en su propio provecho. Esta tensión es la que constituye el pronto crítico de todo servicio de Televisión en cualquier país del mundo y la forma de resolverla está en su organización en forma independiente y autónoma con una variada gama de soluciones prácticas.

En cualquier caso, la organización del servicio no constituye una plena garantía e su bondad e independencia: una misma organización puede dar resultados muy diferentes en un país u otro porque, en definitiva, las organizaciones entroncan en un contexto institucional que marca decisivamente su rumbo, por ello los aspectos constitucionales y políticos afectan profundamente la organización de este servicio.

Cuarta.-

La configuración de Radio Televisión Española (R.T.V.) como servicio público centralizado no supone, como podría parecer, ningún tipo de independencia del servicio respecto del ejecutivo. Televisión era y es una empresa propia del Estado inserta en la estructura jerárquica del Ministerio de Información y Turismo; como, por otra parte, de acuerdo con los artículos 107 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado, ya estaba obligada a someterse a la Ley de Entidades Estatales Autónomas, aún antes del Decreto de 11 de Octubre de 1.973, resulta que este no ha supuesto ningún paso adelante en la autonomía del Servicio, pues a efectos contables y financieros ya le aplicaban las normas de los servicios públicos centralizados.

Pero incluso hay más: la nueva organización supone un paso atrás, si es que era posible ir más atrás, al aumentar el grado de concentración de potestades en el Ministro de Información y Turismo; en efecto, éste es el Presidente del Consejo Rector de R.T.V.E. en el que también figuran otros altos cargos del Departamento. La dependencia de R.T.V.E. del Director General de Radiodifusión y Televisión es así muy precaria por la presencia en su Consejo Rector de los órganos superiores del Departamento.

Quinto.-

Urge regular y definir la situación de los periodistas de R.T.V.E. que carecen en la práctica de un autentico - estatuto que junto a los deberes, establezca los derechos y arbitre los medios para hacer cumplir y respetar unos y otros. El periodista de Televisión, ante la posición de monopolio de la Administración, tiene que limitarse a hacerlo mejor, a hacer lo que le dicen y a soportarlo todo; aunque el Estatuto - de la profesión periodística prevee que el jefe de los servicios informativos de Televisión debe ser un periodista, lo cierto es que el mismo es libremente removible sin que parezca que le sean de aplicación las disposiciones que el Estatuto establece para los Directores de Periódicos en estos casos. Si la actividad informativa se ha profesionalizado, parece que deben ser los profesionales de la información los que la desempeñen en condiciones de cierta libertad aunque lo hagan sometidos al Director Periodista o Jefe de los Servicios Informativos; por ello, éste debe gozar de una posición de cierta estabilidad para evitar que sea un puro trasmisor de las órdenes de la Administración.

Sexta.-

Es necesario también una clarificación de los aspectos financieros de R.T.V.E. La actividad publicitaria está regulada por normas contrarias a la previsión de la Ley de 26 de Junio de

1.934 sobre carácter provisional de la publicidad; hasta tanto pudiese sostenerse la actividad con otros ingresos; si en este punto la Ley se equivocó, habra que rectificarla, pero no se puede año tras año dejarla en el olvido en las sucesivas leyes de presupuestos de vigencia limitada; debe hacerse un planteamiento a largo plazo del tema de la publicidad en la Televisión y, si es necesario derogar formalmente la Ley de 1.934 en este punto, es mejor hacerlo enfrentandose con el problema que seguir con el oportunismo de las leyes de presupuestos refiriendose a los ingresos de Publicidad.

Por otra parte, las normas sobre distribución de los ingresos por publicidad impuestos, tasas, ect. son tan confusas que se hace difícil saber cuál es la normativa vigente con perjuicio del propio servicio y del Ministerio.

Septimo.-

Respecto del derecho de rectificación creemos que el mismo existe para Televisión Española por aplicación del Decreto de 11 de Septiembre de 1.953 y, en todo caso, por exigencias del ordenamiento jurídico general y en concreto en base al artículo 1902 y siguientes del Código Civil y artículo 556, número 1 y número 6 del Código Penal.

La responsabilidad nacida de la falsa imputación de hechos debe configurarse por otra parte como una responsabilidad objetiva cuya adecuada forma de reparación es precisamente la rectificación.

El Derecho de Rectificación, que creemos haber demostrado, que encuentra pleno fundamento en normas administrativas, civiles y penales, es sin embargo totalmente ignorado en la práctica y ello por razón de la inexistencia de un procedimiento rápido y definido para exigir tal rectificación, pese a lo que ordenaba el Decreto del 11 de Septiembre de 1.953. Se hace así -

ineludible regular tal procedimiento para dar plena efectividad a ese derecho, que, por otra parte, puede encontrar satisfacción acudiendo a la vía contencioso-administrativa, si bien con la pérdida de tiempo consiguiente, con la importancia que esto tiene en la rectificación, en que se busca hacer desaparecer con una rectificación inmediata los efectos perturbadores de una información lesiva.

OCTAVA.-

La aparición de nuevas formas de Televisión (cablevisión video-cassette, satélites de difusión directa) ha hecho entrar en crisis los fundamentos de la justificación del monopolio que se apoyaba en la escasez de ondas.

Ello está obligando en muchos países a hacer un replanteamiento de la cuestión de monopolio. Desde nuestro personal punto de vista nos parece que este es el momento de renovar el ordenamiento en esta materia acabando con las ambigüedades que la dominan y delimitando los campos de actuación de los particulares y del Estado. Somos partidarios de una Televisión del Estado pero en concurrencia a nivel local, cuando nuestro nivel de desarrollo lo permita, con emisoras de distribución por cable de sus propios programas y acabando con el monopolio informativo que pretende detentar el Estado. Por otra parte, la Empresa que preste el servicio, en concurrencia o sin ella, debe tener una organización que garantice su independencia respecto del poder público y de los grupos de presión; en algunos países para conseguir tal independencia se busca por ejemplo que en el nombramiento de directivos intervenga, no solo el ejecutivo, sino el Parlamento y determinados estamentos y Asociaciones Profesionales; e bien, el control por parte de Comisiones parlamentarias de la marcha del servicio; en nuestro país tales medidas resultarían insuficientes por la propia estructura, composición y funcionamiento de las Cortes.

Para terminar con estas conclusiones generales, que son un resumen esquemático de las tesis sostenidas en este trabajo, no nos resta sino decir que, en cualquier caso, la nueva regulación de la **Televisión** es hoy día una necesidad ineludible y que tenemos la esperanza de que, en la misma, no se pierda de vista - la dimensión fundamental de los Derechos que hay en juego.

. = B I B L I O G R A F I A . =

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1.971.
- ARIAS RUIZ, Anibal. El Mundo de la Televisión. Ed. Guadarrama, Madrid, 1.971.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La Administración Institucional. Instituto de Estudios Administrativos, 1.972.
- ARONS, Leon y A.MAY, Mark. Televisión and human behavior, 1.955.
- AUBY, J.M. y ADER, Ducos. Grands Services publics et entreprises nationales. Presses Universitaires de France, 1.969.
- BAECHLIN, Peter y BULLER-STRAUSS, Maurice. La Presse filmée dans le monde. Unesco, 1.951.
- BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. Régimen Jurídico de la intervención administrativa en la economía. Ed. Tecnos, Madrid 1.966.
- BALLE, Francis. Institutions et Publics des moyens d'information. Presse, Radiodiffusion, Televisión. Ed. Montchrestien, 1.973.
- BATLLE SALES, Georgina. El derecho a la intimidad privada y su regulación. Ed. Marfil, 1.972.
- BAUCHARD, Philippe. La Presse, le film et la radio, Unesco -- 1.952.
- BENEYTO, Juan. Ordenamiento jurídico de la información. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.961.
- BENEYTO, Juan. Teoría y técnica de la opinión pública. Ed. Tecnos, 1.961.
- BENEYTO, Juan. Información y sociedad. Ed. Revista de Occidente, 1.970.
- BORRELL MACIA, Antonio. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Ed. Bosch, 1.958.
- CAMPO, Salustiano del. Cambios sociales y formas de vida. Ed. Ariel, 1.968.
- CARNEGIE COMMISSION ON EDUCATIONAL TELEVISION. Public Television, a program for action, New York, 1.967.
- CASTAÑO TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral, - Ed. Reus, 10a, 1.963.

- CASTEJON PAZ Y RODRIGUEZ ROMAN. Derecho administrativo y ciencia de la administración.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. Introducción a la hermenéutica del lenguaje. Ed. 62, 1.972.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. El negocio jurídico, tratado práctico y crítico de derecho civil, Vol.X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1.971.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. Temas de derecho civil.
- CAZENEUVE, Jean. Sociología de la Radio-Televisión. Presses Universitaires de France, 1.965.
- CENTRAL OFFICE OF INFORMATION, LONDON, BRITAIN, 1.970
- CHAUDONT, Charles. Le droit de l' espace. Presses Universitaires de France, 1.970.
- CHEVALLIER, Jacques. Le service public. Presses Universitaires de France, 1.971.
- CODDING, Jr, George A. La Radiodiffusion dans le monde. Unesco 1.959.
- COHEN SEAT, Gilbert y FOUGEYROLLES, Pierre. L'action sur l'homme: Cinema et Television, Ed. Denoël, Paris, 1.961.
- COLLIARD, Claude-Albert. Institutions Internationales. Ed.-Dalloz, 52, 1.969.
- COMMISSION D'ETUDE DU STATUT DE L'O.R.T.F. Rapport de la, 1.970
- CONGRESO NACIONAL DE LA ABOGACIA, IV, 1.970
- DALLOZ, Encyclopedie
- DEBBASCH, Charles. Traité du droit de la Radiodiffusion, Radio et Television. Librairie Generale de droit et de Jurisprudence, 1.967.
- DIAZ, Elias. Sociología y Filosofía del Derecho. Ed. Taurus, - 1.971.
- EMERY, Edwin y otros. Las comunicaciones en el mundo actual. Ed. Norma, Colombia.
- ESPIN, Diego. Manual de Derecho Civil Español, VIII, Ed. Revista de Derecho Privado, 22, 1.961.
- ESTEBAN, Jorge de. Desarrollo Político y Constitución Española. Colección Demos. Ed. Ariel, 1.973.

- FERNANDEZ AREAL, Manuel. El derecho a la información. Ed. Juventud, 1.71.
- FORSTHOFF. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1.958.
- FRAGOLA, S. Raccolte sistematica de Jurisprudenza Commentata.
- FOUVES, Roger. Le droit et la publicité. Documents actuels.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Derecho general de organización. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Derecho Administrativo, Programa, Sistemática y Guía para su estudio. Univ. de Santiago de Compostela, 1.972.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Apuntes de Derecho Admvo. Facultad de Derecho, Madrid.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Administración Española. Alianza Editorial, 1.972.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Legislación delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial. Ed. Tecnos, 1.970.
- GARCIA RUIEDO, Carlos. y MARTINEZ USEROS, Enrique. Derecho Administrativo 9ª edición.
- GARCIA-TREVIDANO FOS, J. Antonio. Tratado de Derecho Admvo. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado, 2ª, 1.968.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, V.II. Instituto de Estudios Políticos, 3ª Ed. Madrid, 1.966.
- GONZALEZ CASANOVA, Jose Antonio. Regimen Político de la Televisión. Ed. Nova Terra, 1.967.
- GUAITA, Alfredo. Derecho Administrativo Especial. T.II,III,IV. Librería General, 3ª edición, Zaragoza, 1.967.
- GUITIAN DE LUCAS, José María. Procedimientos Presupuestarios, - Elaboración, Modificaciones y Ejecución del Presupuesto, V.I y II. Ed. Publicaciones de la E. N. A. P., 1.970.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. Metodología de la ciencia del Derecho, 1.971.
- ISLE (Istituto per la Documentazione e gli studi legislativi), Liberta di espressione e organizzazione radiotelevisiva, V-I. Milán, Dott A. Giuffre Editore.

- LAUBADERE. Traité élémentaire de droit administratif.
- LEGUINA VILLA, Jesus. La responsabilidad Civil de la Administración Pública. Ed. Tecnos. 1.970.
- LOUIS, Roger. L' O.R.J.F. Un combat. Ed. Seuil, 1.968.
- MANZANEDO, J.A. y otros. Curso de Derecho Administrativo Económico. Instituto de Estudios de Admon. Local, Madrid, 1.970.
- MANZANEDO, J. A. El Comercio Exterior en el Ordenamiento Administrativo Español.
- MARTIN MATEO, R. Ordenación del sector público en España. Ed. - Civitas, Rev. Occidente, 1.973.
- MARTIN OVIEDO, José María. Derecho Publicitario Español.
- MARTIN RETORTILLO, S. y SALAS HERNANDEZ, Javier. El monopolio de tabacos.
- MATEESCO MATTE, Nicolás. Droit aérospatial. Ed. Pedone.
- MEILAN, José Luis. Empresas Públicas y Turismo. Ed. Estudios - Administrativos, Madrid, 1.967.
- MERLIN. Louis. Le vraie dossier de la Télévision. Librairie Hachette, Paris, 1.964.
- MINISTERIO DE INFORMACION Y TURISMO. Memoria 1966-67
- MINISTERIO DE INFORMACION Y TURISMO. Publicidad, Ed. S.G.T, 1965.
- MOLINERO, Cesar. Intervención del Estado en la Prensa. Ed. Dopesa, 1.971.
- MONTORO PUERTO, Miguel. Contratos Administrativos atípicos. Estudios Administrativos. Madrid, 1.969.
- NAMURUIS, Albert. Structures et organisation de la radio-télévision dans le cadre des radiocommunications. Ed. Unión Européenne de Radiodiffusion, Suisse, 1.972.
- NIETO, Alejandro. La retribución de los funcionarios en España. Ed. Rev. de Occidente. Madrid, 1.967.
- PECES-DARBA MARTINEZ, Gregorio. Derachos Fundamentales, I Teoría General. Ed. Guadiana de Publicaciones, 1.973.
- PEISER, G. Droit Administratif. Mementos Dalloz.
- PELLET LASTRA, Arturo. Régimen legal de radio y televisión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- PEREZ MORENO, Alfonso. La forma jurídica de las empresas públicas. Instituto Gá. Oviedo. Univ. Sevilla, 1.969.

- POULAIN, Jean. La protection des emissions de Radiodiffusion. Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1.973.
- PRADOS ARRARTE, Jesus. Monopolio y Competencia Monopolistica. Ed. Guadiana de Publicaciones, 1.972.
- REIRIZ, Ma. Graciela. Responsabilidad del Estado. Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- RIVERO YSERN, Enrique. Consideraciones en torno a la radiodifusion en el Derecho Español. Instituto Ga. Oviedo, Univ. de Sevilla, - 1.968.
- RODRIGUEZ BEREJO, Alvaro. El Presupuesto del Estado. Ed. Tecnos 1.970.
- SANTI ROMANO. El ordenamiento juridico. Insituto de Estudios - Politicos, Madrid, 1.963.
- SANTOS RUIZ, Jaime. Derecho de daños. Ed. Rev. de Derecho Privado, 1.963.
- SERVAN-SCHREIBER, Jean-Louis. Poder de informar Ed. Laffont, Dg pesa, 1.973.
- SOSA WAGNER, Francisca. Organización y control del sector empresarial público en España. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1.971.
- STEINBERG, Charles S. Los medios de comunicac ón social. Ed. Roble Mexico.
- TALLON, José. Curso de Derecho Publicitario. Insade, 1.972
- TIerno GALVAN, Enrique. Leyes Políticas Españolas Fundamentales (1808-1936). Ed. Tecnos, 1.972.
- VALLINA VELARDE, Juan Luis de la. Régimen Juridico Administrativo del servicio público telefonico. Instituto Estudios Administrativos, Madrid, 1.971.
- VILLAR PALASI, José Luis. Derecho Administrativo Univ. de Madrid Fac. de Derecho, 1.968.
- VILLAR PALASI, José Luis. Apuntes de Derecho Admo. Univ. a Distancia, 1.974.
- VILLAR PALASI, José Luis. Lecciones sobre contratación administrativa. Univ. de Madrid. Fac. de Derecho, 1.969
- VILLAR PALASI, José Luis. La Intervencion Administrativa en la Industria. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.964.

- WADE, M.W.R. Derecho Administrativo. Instituto Estudios Políticos.
- WALINE, Marcel. Precis de droit administratif. Ed. Montchrestien, 1.970.
- WEIL, Prosper. El Derecho Administrativo, Ed. Temes Ediciones 1.966.
- WILLIAMS, Raymond. Los medios de comunicación social. Ed. Península.
- XIFRA HERAS, Jorge. La Información. Análisis de una libertad frustrada. Ed. Hispano Europea, 1.972.
- ARIAS RUIZ, Anibal. Cincuenta años de Radiodifusión en España. R.T.V.E.
- LA INFORMACION Y EL TURISMO.

HOMENAJES Y ESTUDIOS COLECTIVOS

- Estudios en Homenaje a José María Pí y Suñer.
- Estudios dedicados al profesor Gascón y Marin. I.E.A.L.
- Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Instituto de Estudios Políticos.
- Estudios en Homenaje al profesor Lopez Rodó. Univ. de Santiago de Comostela, Univ. Complutense y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Estudios dedicados al profesor García Oviedo. Univ. de Sevilla 1.954.
- Estudios en Homenaje a Sayagües Laso. Tomo IV.
- Estudios en Homenaje a Don Nicolas Perez Serrano. Instituto Ed. Reus.
- Real Colegio de España en Bolonia. La Empresa Pública. Vol. colectivo 1.970.
- Quelques Problemes de l'information. La documentation Francaise.

REVISTAS CONSULTADAS

- Documentación administrativa, Ed. E.N.A.P.
- Estudios turisticos. Instituto de Estudios Turisticos.
- Droit Social
- Estudios sobre Televisión. Colección Imagen.
- Annales de la Faculté de Droit de Liège.
- Revista Española de Documentación. S.S.T. Ministerio Información y Turismo.
- Revista Española de la Opinión Pública. Instituto de la Opinión Pública.
- Revista de Estudios Sociales.
- Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos (los números consultados aparecen en las citas al pie de las páginas)
- Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.
- Revista de Estudios de la Vida Local. I.E.A.L.
- La Revue Administrative.
- Rassegna di diritto pubblico.
- Revista Internacional de Trabajo.
- Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.
- Estudios de Información.
- Sentenze e ordenanze della Corte Costituzionale.
- Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni.
- Revue l'Uér.
- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- Revista General de Derecho.
- Actualité juridique, Droit Administrative
- Cuadernos para el Dialogo número extraordinario dedicado a la Televisión.